

أحكام العلم بالبيع وتطبيقاته

في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة
وفقاً للقانون المدني المصري والفرنسي والمفتي
الإسلامي وأحكام القضاء

للمفتي

محمد حبيب محمد هادي

مفتي القانون المدني

كلية الشريعة والقانون - القاهرة

٢٠٠٠

الكتاب الثاني من الأربعة في أحكام البيع

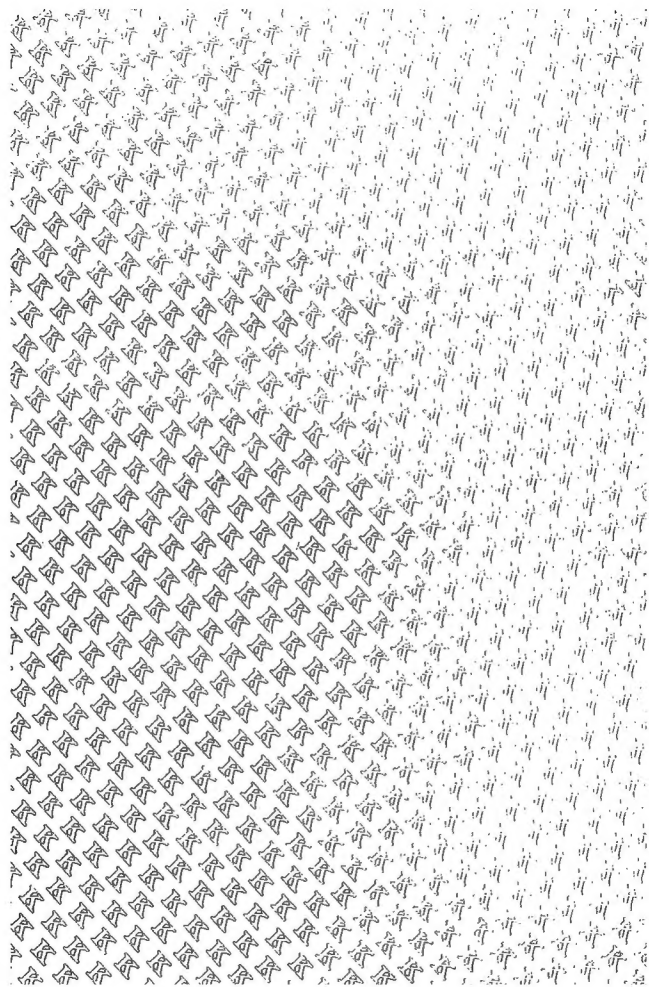


الذهبية للتجلبيد

عبد المنعم الكومى وشركاه

٧ ش مخلوف بالقى

٣٦٠٧٩٦٤ : ت



أحكام

العلم بالمبيع وتطبيقاته

فى ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة
* الكتالوج * التلفزيون * الكمبيوتر * الإنترنت *
التليفون

دراسة مقارنة
بين القانون المدنى " المصرى والفرنسى " والفقہ
الإسلامى

دكتور

ممدوح محمد مبروٹ

مدرس القانون المدنى

كلية الشريعة والقانون - القاهرة

١٩٩٩

المكتب الفنى للإصدارات القانونية

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله - تبارك وتعالى - :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾
سورة النساء الآية رقم (٢٩)

وقال النبي - ﷺ - :

" البيعتان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما
، وإن كذبا وكثما محقت بركة بيعهما " .

(متفق عليه)

" من اشترى شيئا لم يره ، فله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه وإن
شاء تركه " .

(رواه البيهقي)

إهداء

- إلى روح والحي الساهرة إحصائياً وروياً
- إلى أمي العنود برأ وشكراً
- إلى أملي جميعاً
- إلى كل باحث عن الحق والمعرفة
- إلى كل من يسهه تقوى البحث العلمي لخدمة أمنا الإسلامية

أسدي صفا العمل . راجياً من الله القبول

الباحث

شكر وتقدير

- أتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر على ما أنعم به علىّ قال تعالى :
(لئن شكرتم لأزيدنكم).
- ثم إلى أتوجه بخلص شكرى وتقديرى إلى الأستاذين القاضيين والعالمين
الجليلين : الأستاذ الدكتور / أنور محمود ديور . أستاذ ورئيس قسم
الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة القاهرة. والأستاذ الدكتور/ عبد
الرشيد مأمون شديد . أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق - جامعة
القاهرة. أتقدم إليهما بخلص شكرى وعظيم امتنانى ، لتفضلهما بقبول
الإشراف على هذه الرسالة، وما بذلاه معى من جهد كبير، وما قدماه لى
من توجيهات سديدة للترتت بما يتحليان به من تواضع العلماء وحكمة
الحكماء، فى سبيل إخراج هذا العمل إلى النور. أسأل الله أن يجعله فى
میزان حسناتهما، وأن يجزيهما على خير الجزاء.
- كما أتوجه بخلص شكرى وتقديرى للعالمين الجليلين: الأستاذ
الدكتور/نزيه محمد الصادق المهدي . أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية
الحقوق. جامعة القاهرة . والأستاذ الدكتور / رمضان على السيد
الشرنباوى. أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق -
جامعة المنصورة. لما شرفالى به من قبول الاشتراك فى لجنة مناقشة هذه
الرسالة، بالرغم من كثرة مشاغلها وضيق وقتها ، فلهما منى جزيل
الشكر والعرفان ، وجزاها الله على خير الجزاء.
- كما أتقدم بخلص الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ Monuel Jorge
الأستاذ بكلية الحقوق-جامعة (RENÉ DES CARTES (PARIS V)
على ما قدمه لى من عون كبير وتوجيهات سديدة أثناء إقامتى فى فرنسا
لجمع المادة العلمية لهذه الرسالة.
- كما أتقدم بخلص شكرى وتقديرى إلى جميع أساتذتى الإجلاء ، وإخواتى
الأعضاء بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، وإلى كل من مد لى يد العون
والمساعدة لإتمام هذا العمل. أتقدم إلى الجميع بخلص شكرى وعظيم
امتنانى .

الباحث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال وأرسى له فى شرعه ما تستقيم به الحياة ويعم به النفع ، والصلاة والسلام على رسول الله أرسله ربه إلى الناس كافة بشيراً ونذيراً وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً.

وبعد:

- فإن عقد البيع يعتبر من أهم العقود وأكثرها انتشاراً وشيوعاً فى حياتنا اليومية، فلا يكاد يمر يوم دون أن يبرم الشخص عدداً من عقود البيع للتصرف فيما زاد عن حاجته من سلع ومنتجات، أو التزود بما يحتاجه منها، لإشباع حاجاته وتحقيق أغراضه.
- وازدادت هذه الأهمية مع التقدم الصناعى والتكنولوجى المعاصر فى مجال الإنتاج، والذى أدى إلى ظهور العديد من السلع والمنتجات على اختلاف أنواعها وأحجامها وتركيباتها واستخداماتها، فضلاً عما تتطوى عليه من دقة وتعقيد من الناحية الفنية، بحيث أصبح من الصعب على غير المتخصص فى ذات المجال الإلمام بخصائصها ومكوناتها، والعلم الكافى بحقيقتها، بما يسمح له باستعمالها الاستعمال الأمثل، والانتفاع بها على الوجه الأكمل، وتجنب أضرارها أثناء استعمالها أو حفظها.
- كما ترتب على تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ظهور تطور كبير فى طرق توزيع المنتجات، ووسائل الدعاية والترويج لها، حيث قل الانتقاء المباشر بين البائع والمشتري، وأصبحت البيوع تهرم بالمراسلات وعبر المسافات، ولم يعد يتمكن المشتري من الاتصال بالسلعة ومعاينتها قبل

إبرام العقد ، بل يعتمد في معرفته بها على ما يقوم به المنتجون والبايعون المهنيون، من إرسال عينات أو كتالوجات تصف السلع والمنتجات للمستهلكين في منازلهم. أو بث برامج إذاعية وتليفزيونية لعرض السلع والمنتجات وبيان أوصافها ومزاياها. وهي وسائل لا تخلو من الإعلان والدعاية بقصد الترويج للسلع والمنتجات، وإغراء المستهلك وحثه على شرائها. رغم أنها قد تكون أشياء غير ضرورية أو غير ذات أولوية أو أشياء لا تلبى أغراضه، إلا أنه يشعر بالحاجة الماسة إلى شرائها تحت تأثير جاذبية وإيهام العرض.

- وقد يتم توزيع السلع والمنتجات باستخدام الماكينات الموضوعة في الأماكن العامة ، أو عرضها في محال الخدمات الحرة Libre Services وفي هذه الحالة لا يلتقى المشتري مع البائع ليحصل منه على ما يريده من معلومات عن السلع المعروضة للبيع، بل يظهر المشتري وكأنه يتعاهد مع الماكينة أو السلعة نفسها، ولا سبيل لحصوله على المعلومات إلا من خلال قراءته لما دون على الماكينة أو السلعة نفسها من بيانات.

- وأدى التقدم في وسائل الاتصال إلى سرعة إبرام العقود - حيث يتم إبرام العقد في الغالب عن طريق التليفون أو المينيتل أو الفاكس - وافترضت المساومة التقليدية بين المتبايعين، والتي كان يحصل المشتري من خلالها على ما يريده من معلومات. وأصبح البيع يتم بصورة تشبه عقود الإذعان، حيث يقوم المنتج أو البائع الوسيط بوضع الشروط العامة للبيع وتحديد مسبقاً.

- وهنا ظهر قصور القواعد القانونية التقليدية - وخاصة المتعلقة منها بنظريتي عيوب الرضاء والضمن - عن توفير الحماية الكافية للمشتري لأنه تم تنظيمها في فترة كانت تفترض أن شروط العقد وبياناته يتم

مناقشتها بطريقة تفصيلية قبل إبرام العقد بين طرفين متساويين فى المعلومات، ومتوازنين فى المراكز الفعلية. وقد تغير الوضع حالياً مع التقدم التكنولوجى المعاصر فى وسائل الاتصال، وما ترتب عليه من السرعة فى إبرام العقود.

- وأصبحت الحاجة ماسة إلى تنظيم أحكام العلم بالمبيع، وفرض التزام على عاتق المنتج والبائع بالإدلاء للمشتري بكافة البيانات والمعلومات التى تمكنه من حسن الانتفاع بالمبيع وتجنبه أضراره، وبحيث يصدر رضاء المشتري بالتعاقد على أساس ما توافر لديه من معلومات صحيحة توضح حقيقة الشيء الذى يقدم على شرائه.

- ولذلك، ومن أجل حماية جمهور المستهلكين، وتحقيق التوازن بين طرفى العقد فى العلم والمعرفة، اجتهد القضاء - وخاصة فى فرنسا - ومسانده الفقه، كما نهضت التشريعات بنصوص خاصة فيها^(١) فى ترسيخ الحق

(١) فى القانون الفرنسى، نصت المادة ١٩٩ على أنه: "١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من معرفته. ٢- وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب الإبطال بدعى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع وإعمالاً فى حقبة جمهور المستهلكين صدر القانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤م تعديلاً لقانون قمع الغش والتدليس رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م، بإضافة عقوبات شديدة وصارمة لكل من خدع أو غش أو حاول أن يلدغ المتعاقدين معه بشأن البيانات المتعلقة بلاتية البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية، أو العناصر الداخلة فى تركيبها أو نوعها أو أصلها أو مقدارها، وغيرها من البيانات الهامة التى يهم المتعاقدين العلم بها. والوارد ذكرها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤م والجارى العمل به اعتباراً من ٣٠ ديسمبر ١٩٩٤م (الجريدة الرسمية، السنة السابعة والخمسون، العدد ٥٢، تاريخ المصادق ٢٦ رجب سنة ١٤١٥هـ- الموافق ٢٩ ديسمبر ١٩٩٤م

وفى القانون الفرنسى: حرص المشرع على أن يكون المشتري عالماً بدقة بحقيقة المنتجات المعروضة عليه. فأصدر العديد من التشريعات التى تساعد على تحقيق هذا الغرض. منها على سبيل المثال: القانون رقم ٧٨-٢٣ الصادر لى ١٠ يناير ١٩٧٨م، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، حيث يقضى بتجريم الإعلان الكاذب والمضل ويوجب على المعلن ذكر بيانات موضوعية وحقيقية عن الأشياء أو الخدمات محل الإعلان، كما

للمشتري في العلم الكافي بحقيقة الشيء الذي يقدم على شراؤه وإلزام
البائع بإعلام المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع واللائمة لحسن
الانتفاع به وتجنب أضراره.

- إلا أن التقدم المستمر في وسائل التكنولوجيا المعاصرة وما له من أثر
بارز في الإنتاج والتوزيع وطرق التعاقد، أظهر قصور النصوص
التشريعية الحالية في توفير الحماية الكافية للمشتري في هذا الصدد.
الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر في هذه النصوص، وتنظيمها وفقا
لأحكام تضمن الحماية الكافية لجمهور المستهلكين، وتحقيق استقرار
المعاملات.

- وهذه الأحكام يزخر بها الفقه الإسلامي، حيث أبرز فقهاء الشرع الحكيم
أهمية العلم الكافي بالمبيع ، على ضوء نصوص الشريعة الإسلامية الفراء
ومبادلها وقواعدها العامة، والتي تنهى عن الجهالة الفاحشة والغرر
المسببين للتنازع وإفساد العقود. وتدعو إلى ضرورة تحقيق الرضاء التام

تطلب الأمانة في الإعلام. وقانون ٧ ديسمبر ١٩٨٤م الذي فرض على المنتج كتابة بيانات إجبارية معينة على
السلع الغذائية ولا تعرض لتغيرات جتالية صارمة . وقد تم تعديله بالمرسوم رقم ٩١-١٩٣، الصادر في ١٩
فبراير ١٩٩١م.

Décret n° 91-193 du 19 Fév, 1991. D, 1991, legis p165.

والقانون رقم ٨٨-٢١ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨م والخاص بتنظيم عمليات البيع عن بعد أو مسافة عبر
وسائل الإعلام والأصهار والذي غول المشتري الحق في رد البيع وفسخ البيع خلال مدة محدودة من تاريخ
la loi N° 88-21 du 6 janvier 1988 التسليم، إذا كان البيع غير مطابق للأوصاف المعن عنها

Sur les opérations de vente à distance et le télé- achat j.c.p. éd, G,
1988, doctrine, 3350. Par PAISANT (G)

والمرسوم بقانون رقم ٩٢-٩٦، الصادر في ١٨ يناير ١٩٩٢م، الذي أوجب على البائع المعن، إعلام المشتري
باليانات والأوصاف الأساسية للشيء المبيع قبل إبرام العقد، وبيان شروط استعمال الشيء ، والمدة التي يكون

صالها للاستعمال خلالها. Décret, N° 92-960 du 18 JANV, 1992 D, 1992, legis, p.129.

بالتعاقد، والذي ينأى بالمتعاقدين عن الوقوع في براءات الغش والتدليس والتغريب. كما تحرص على بث روح التعاون والتناصح بين المسلمين ورفع الضرر والحرص عنهم .

- ويظهر ذلك بوضوح من خلال ما قرره الفقهاء من ضوابط وشروط لإبرام العقود ، تكفل صحتها. فضلا عن نظرية الخيارات والتي أحكم الفقهاء تنظيمها بما يكفل للمشتري الحماية الكافية، وتضمن صحة وسلامة رضائه وقيامه على أساس سليم، كما هو الحال في خيار الرؤية والذي يتقرر للمشتري عند عدم تحقق العلم الكافي لديه بأوصاف المبيع. وخيار العيب الذي يثبت للمشتري كآثر لإخلال البائع بالتزامه بإعلام المشتري بالعيوب الكامنة في الشيء المبيع والتي تؤثر على حسن الانتفاع به أو تخل بالغرض من شرائه. وخيار الشرط الذي يخول المشتري الحق في اختبار المبيع بتجربته أو استشارة أهل الخبرة، إذا اشترط ذلك عند التعاقد، أو كانت طبيعة المبيع والعرف الجارى بشأنه يتطلب ذلك للتعرف على حقيقة المبيع. هذا فضلا عما تفرضه مبادئ الشريعة الفسراء على التجار من وجوب مراعاة الصدق والبيان في الإعلان عن المبيعات أو الإعلام بأوصافها وسواء تم ذلك شفويا بذكر بيانات وأوصاف المبيعات ، أو كتابة بتدوينها في برامج خاصة بالمبيعات، لتمكين الراغب في الشراء من الاطلاع عليها وقت التعاقد.

ولقد آثرت أن تكون معالجتي لهذا الموضوع مقارنة بين أحكام القانون المدني وأحكام الفقه الإسلامى المستقاة من شريعتنا الفراء، بغية الوصول إلى بيان فضل الشريعة الإسلامية وعلو مكانتها ، ومدى شمولها وكمالها وتضمنها للأحكام الصالحة لتنظيم حياة الإنسان في كل زمان ومكان.

الأمر الذي يوجب علينا أن نولى وجوها شطرها للاستفادة بكنوزها التي لا تنفذ. وأن نعمل على تطبيقها وإحلالها محل القوانين الوضعية القاصرة.

٢- منهج البحث.

لقد اتبعت في معالجة هذا الموضوع منهجا علميا موضوعيا مقارنا، يعتمد على الدراسة التأصيلية والتحليلية لموضوع البحث، ويجمع بين النظرية والتطبيق.

ويتلخص هذا المنهج فيما يلي:

-أولا ، بالنسبة للجانب القانوني

عرضت هذا الجانب على نحو مستقل في كل مسألة على حدة واتبعت فيه ما يلي:

- ١- عرض المسألة محل البحث بتمهيد لها، وبيان موقف اللقنين المدني المصري والفرنسي منها ، إن وجدت نصوص تحكم المسألة ، وإلا أشوت إلى عدم وجود نصوص قانونية بصدها.
- ٢- عرض آراء شراح القانون المدني المصري والفرنسي في المسألة محل البحث وبيان ما بين هذه الآراء من اتفاق أو اختلاف.
- ٣- إن كان هناك اتفاق بين الآراء، أثبتته بذكر هذه الآراء ومواضع ورودها في المؤلفات القانونية.
- ٤- وإن كان هناك اختلاف، عرضت أقوال الشراح ونسبت كل قول لصحابه، مع ذكر أدلتهم، ثم مناقشة أدلة القول المرجوح ، وتأييد القول الراجح من وجهة نظري، مع بيان سبب رجحانه.
- ٥- ذكر موقف القضاء الفرنسي والمصري في المسألة محل البحث وبيان مدى اتفاقه أو اختلافه مع رأي شراح القانون ، وذلك من خلال عرض

الأحكام القضائية الواردة في المسألة محل البحث ، مع ذكر وقائع القضية إذا لزم الأمر.

- تأدياً، والنسبة لجانج الفقهاء الإسلاميين،

بعد الفراغ من عرض الجانب القانوني في المسألة محل البحث أتعرض لبيان المسألة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقد اتبعت في عرض هذا الجانب ما يلي:-

١- دراسة جانب الفقه الإسلامي بصفة مستقلة في كل مسألة على حدة. بحيث يبدو قسماً للجانب القانوني في كافة المسائل.

٢- عرض آراء الفقهاء في المذاهب الثمانية المشهورة ، وهي: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية، في كثير من مسائل البحث التي تيسر لي فيها ذلك، مع الرجوع في بيان رأي كل مذهب إلى كتبه المعتمدة والمشهورة.

٣- إن وجدت اتفاقاً بين آراء الفقهاء أثبتته مع ذكر الدليل والفروع الفقهية التي تؤيد هذا الاتفاق.

٤- وإن كان هناك خلاف بين الفقهاء، عرضت أقوالهم في المسألة محل الخلاف ونسبت كل قول لأصحابه وذكرت أدلته مبينا وجه الدلالة وما ورد على كل دليل من نقاش ودفعه إن وجد.

٥- حاولت التوفيق بين الأقوال والأدلة، لأن العمل بالدليلين أولى من إهدار أحدهما، فإن تعذر التوفيق، عمدت إلى ترجيح أحد الأقوال أو الأراء، إذا ظهر لي أنه الأرجح، لقوة أدلته أو لما يترتب على الأخذ به من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، أو لا تساقط مع مقاصد الشريعة وأهدافها العامة. أما إذا لم يظهر لي رجحان أحد هذه الأقوال، فإني أكتفي بحكاية الخلاف وذكر الأقوال في المسألة دون الترجيح بينها، لأنه لا يصح الترجيح بلا دليل ولا برهان.

- ٦- ذكرت الآيات القرآنية التي استدل بها الفقهاء في بعض مسائل البحث، ورجعت إلى كتب التفسير لبيان وجه الدلالة من الآية. وذكرت رقم الآية واسم السورة التي وردت فيها بالهامش.
- ٧- قمت بتخريج الأحاديث الواردة في مسائل البحث وعزوها إلى روايتها ومصادرها في كتب السنة.
- ٨- قمت ببيان معاني الكلمات اللغوية التي تحتاج إلى بيان معتمداً في ذلك على كتب اللغة.
- ٩- قمت بالترجمة للأعلام الذين وردت اسماءهم في مسائل البحث، للتعريف بحياتهم وما قدموه للإسلام من خدمات.
- ١٠- بعد الانتهاء من عرض جانب الفقه الإسلامي، اعقد مقارنة في مبحث أو مطلب مستقل، محاولاً استخلاص بعض نتائج بحث المسألة في كل من الجانب القانوني وجانب الفقه الإسلامي، وذكر ما بينهما من أوجه اتفاق أو اختلاف.

- خطة البحث -

نتناول بحث هذا الموضوع بخطة تشتمل على باب تمهيدى وقسمين رئيسيين وخاتمة .

وذلك على النحو التالي:

الباب التمهيدي : ماهية المبيع وأصل العلم به وفيه فصلان.

الفصل الأول : ماهية المبيع.

الفصل الثاني : أصل العلم بالمبيع.

القسم الأول : أحكام العلم بالمبيع.

ويحتوى على بابين:

الباب الأول : ماهية العلم بالمبيع ومضمونه وطبيعته

ويشتمل على ثلاثة فصول.

الفصل الأول : ماهية العلم بالمبيع.

وفيه مبحثان

- المبحث الأول : تعريف العلم بالمبيع وأهميته .
- المبحث الثاني : تمييز العلم بالمبيع عن تعيين المبيع أو قابليته للتعيين.
- الفصل الثاني : مضمون العلم بالمبيع.
- الفصل الثالث : طبيعة العلم بالمبيع ونطاقه .
- وفيه مبحثان :
- المبحث الأول : طبيعة العلم بالمبيع.
- المبحث الثاني : نطاق العلم بالمبيع.
- الباب الثاني : أساس العلم بالمبيع ووسائل تحقيقه وجزاء تخلفه .
- ويشتمل على ثلاثة فصول :
- الفصل الأول : أساس العلم بالمبيع وشروطه.
- وفيه مبحثان :
- المبحث الأول : أساس العلم بالمبيع.
- المبحث الثاني : شروط العلم بالمبيع.
- الفصل الثاني : وسائل تحقق العلم بالمبيع.
- الفصل الثالث : الجزاء الذى يترتب على عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع.
- وفيه مبحثان :
- المبحث الأول : القابلية للإبطال فى القانون المدنى وخيار الرؤية فى الفقه الإسلامى.
- المبحث الثاني : التعويض وفقا للقواعد العامة فى المسئولية المدنية والضممان فى الفقه الإسلامى.
- القسم الثانى : تطبيقات العلم بالمبيع
- ويحتوى على بابين:
- الباب الأول : للتطبيقات التقليدية :
- فحص عينة المبيع وتجربته ومذاقه .
- ويشتمل على ثلاثة فصول:
- الفصل الأول : فحص عينة المبيع.
- وفيه مبحثان :

المبحث الأول : فحص عينة المبيع فى القانون المدنى .
المبحث الثانى : رؤية النموذج فى الفقه الإسلامى .
الفصل الثانى : تجربة المبيع
وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تجربة المبيع فى القانون المدنى .
المبحث الثانى : تجربة المبيع فى الفقه الإسلامى .
الفصل الثالث : مذاق المبيع وفيه مبحثان .
المبحث الأول : مذاق المبيع فى القانون المدنى .
المبحث الثانى : مذاق المبيع فى الفقه الإسلامى .
الباب الثانى : التطبيقات الحديثة .

وصف المبيع بواسطة الكتالوج وعبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة.

ويشمل على فصلين :

الفصل الأول : وصف المبيع بواسطة الكتالوج .
وفيه مبحثان :

المبحث الأول : وصف المبيع بواسطة الكتالوج فى القانون المدنى .
المبحث الثانى : وصف المبيع بواسطة البرنامج فى الفقه الإسلامى .
الفصل الثانى : وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة .
وفيه مبحثان :

المبحث الأول : وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : الإعلان عن المبيع ووصفه بما يصح به المسلم فى الفقه الإسلامى .

الخاتمة : وتتضمن أهم النتائج والتوصيات التى تم التوصل إليها .

وبعد:

فتبني لأرجو من الله - العلي القدير - أن أكون بعملى هذا قد أدت بعض ما يجب على فى سبيل خدمة أمتنا الإسلامية، وأن يكون عملى هذا فى ميزانى وميزان من أعاننى عليه.

هذا وقد بذلت غاية جهدى ووسعى فى سبيل الوصول إلى إخراج هذا البحث على هذه الصورة. ولا أدعى أنى بلغت الكمال فى هذا العمل أو قاربته، أو أن هذا العمل مبرء من النقص، أو خال من العيب، فالكمال لله وحده، والعصمة من خصوصيات أنبيائه ورسله. وما أحسن ما قاله العماء الأصفيهانى:

" إني رأيت أن لا يكتب إنسان كتابا فى يومه إلا قال فى غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر".

فإن كان ما فى عملى هذا صوابا فمن الله، فهو محض فضله على، وإن جانبى الصواب، فما ذلك إلا منى ومن الشيطان، والله ورسوله براء منه.

وإنى لأرجو من الله أن تكون الأخطاء محدودة، والهفوات معدودة وأسأل الله المغفرة عن الزلات والعفو عن الهفوات.

وإنى إذ أتقدم بالشكر لكل من قدم لى يد العون والإرشاد فى سبيل إعداد هذا البحث، أدعو الله العلي القدير أن يجزى الجميع عنى خير الجزاء، وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجه الكريم، وأن يتقبله بقبول حسن إنه سميع قريب مجيب الدعاء.

الباحث

مملوح محمد على مبروك

الباب التمهيدي

ماهية المبيع وأصل العلم به

١- تمهيد وتقسيم .

لما كان مضمون العلم بالمبيع يشتمل على بيانات ومعلومات عن حقيقة الشيء المبيع، رأيت أنه من الأفضل التمهيد لموضوع البحث بالتعريف بالشيء المبيع وبيان طبيعته وخصائصه وشروطه . فضلا عن بيان أصل نظام العلم بالمبيع ، من حيث نشأته وتطوره ، وما آل إليه الآن من كونه حقا للمشتري ، والتزاما يقع على عاتق البائع .

وذلك في فصلين على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية المبيع

الفصل الثاني : أصل العلم بالمبيع

الفصل الأول

ماهية المبيع

٢- تمهيد وتقسيم :

نتناول في هذا الفصل تعريف المبيع وبيان طبيعته وخصائصه والشروط التي يجب أن تتوافر فيه ، حتى يمكن أن يكون صالحاً لإبرام عقد البيع وذلك للوقوف على حقيقة المبيع باعتباره يمثل الجانب الموضوعي لنظام العلم الكافي بالمبيع .

ونوضح ذلك في القانون المدني والفقه الإسلامي ثم نقارن بينهما .

وذلك في ثلاثة مباحث على النحو التالي :

- المبحث الأول : ماهية المبيع في القانون المدني .
- المبحث الثاني : ماهية المبيع في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثالث : مقارنة

المبحث الأول

ماهية المبيع في القانون المدني

٣ - تمهيد :

عقد البيع كسائر العقود يلزم لقيامه توافر أركان معينة وأركان عقد البيع في القانون المدني تتمثل في الرضاء والمحل والسبب . وكل ركن من هذه الأركان له أهميته المتميزة حيث يتوقف وجود العقد على وجوده وينعدم باتحاده . وتظهر الأهمية الخاصة لركن المحل في عقد البيع بسبب كونه يثبت فيه أثر العقد وأحكامه ، وهو المقصود من العقد وغايته .

ويتنوع الخلاف في الفقه القانوني حول حقيقة المحل وما إذا كان ركنا في الالتزام أم ركنا في العقد .

فيرى جانب من الفقه القانوني^(١) أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد . وأن محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به . ولكن لا تظهر أهمية المحل l'objet إلا في الالتزام الذي ينشأ عن العقد . ومن ثم فإن المحل ينكر عادة مقترنا بالعقد ويكون محل العقد عبارة عن الالتزامات الناشئة عن العقد .

وعقد البيع - باعتباره عقدا ملزما للجانبين - ينشئ التزامات في جانب البائع محلها الرئيسي هو المبيع ، وينشئ للزامات في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن.^(٢)

(١) د. عبد الرزاق أحمد السهوري . الوسيط ل شرح القانون للدين المجلد الأول البيع والمقايضة ج٤ - ١٠٠ ص ١٩٠ ط ١٩٦٠م دار النشر للجامعات المصرية ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ج١ - ٢١٣ ص ٣٧٥ ط دار إحياء التراث العربي بيروت .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السهوري . المرجع السابق ج٤ - ١٠٠ ص ١٩٠ .

ومن ثم فإن المبيع والتمن ليسا محل عقد البيع ، وإنما هما محل الالتزام الناشئ عن عقد البيع على البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وعلى المشتري بدفع مبلغ نقدي إلى البائع .

فيكون للشيء المبيع محل التزام البائع^(١) وليس محل عقد البيع وفقاً لهذا التصور، بينما يرى جانب آخر من الفقه القانوني الفرنسي أن الشيء المبيع هو محل عقد البيع . وأن المبيع يعتبر عنصر أساسى فى عقد البيع ينعدم العقد بانعدامه ، كما يبطل العقد إذا لم يتفق الطرفين على الشيء المبيع محل العقد^(٢) .

وسأضرب صفعاً عن تمحيص هذا الخلاف لأن المبيع والتمن على كلا الرأيين عنصران أساسيان فى حقيقة البيع ووجوده .

ونتناول فيما يلى بيان المقصود بالمبيع وطبيعته وخصائصه وشروطه بشيء من الإيجاز على النحو التالى :

٤- أولاً ، المقصود بالمبيع ،

يقصد بالمبيع فى فقه القانون المدني : أنه الحق المالى الذى يرد على الشيء^(٣) . فليس المقصود هو الشيء ذاته بل هو الحق فيه ، فتبايع الدار أى يبايع حق الملكية فى الدار ، وقد يبايع حق ارتفاق على الدار ، أو حق انتفاع فيها^(٤) . وهذا الحق المالى هو الذى يلتزم البائع بنقله إلى المشتري ، والذى يمثل محل التزام البائع ، فيكون المبيع باعتباره حقاً مالياً هو المحل الذى يلتزم البائع

(1) MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), CHABAS (François): leçons de droit civil, principaux des contrats ; vente et échange n° 834, P. 118. 7e éd, Montchrestien 1987, par. Michel de JUGLART.

أستاذنا الدكتور / عبد الرشيد مأمون . المرجع فى العقود المسماة . الكتاب الأول عقد البيع والمقايضة - ص ٩٩ ط ١٩٩٧م المؤسسة الفنية للطباعة والنشر . الناشر دار النهضة العربية .

(2) BIHL (Luc). Le droit de la vente (vente mobilière) n° 297 P 144. éd, dalloz 1986. -Et encyclopédi dalloz, Rép, DR, Com, Tome .V. ventes commerciales n° 202 P 16.

(٣) د. عبد الحامد توفيق المطار . شرح أحكام البيع ف ١٦ ص ٣٤ ط. بدون تاريخ .

(٤) د. عبد الرزاق السهرورى المرجع السابق جـ ١ - ص ١٠١ ط ١٩٩١ هـ ص ١٠١ .

بنقل ملكيته إلى المشتري، أى هو محل التزام البائع^(١) وهو ما يستفاد من نص المادة ٤١٨ مدنى مصرى التى عرفت البيع بأنه : "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدي".
أى أن المبيع الذى يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بنقله إلى المشتري ، هو حق الملكية لشيء باعتباره حقا ماليا ، لو أى حق مالى آخر فى مقابلة الثمن.

على أن المؤلف إذا كان المبيع هو حق الملكية لشيء مادي أن ينعت هذا الشيء بأنه المبيع ، دون أن يذكر حق الملكية فيقال بيع الدار وبيع السيارة ، ولا يقال بيع حق الملكية على الدار أو السيارة . ولكن إذا كان المبيع حقا ماليا آخر دون حق الملكية ، ذكر الحق المبيع بالذات^(٢) .

٥- ثانيا ، طبيعة المبيع وخصائصه ،

إذا كان المبيع هو الحق المالى فهو يتنوع بدوره إلى حق عيني Droit Réel ، أو حق شخصي droit de créance ، أو حق معنوي droit intellectuel^(٣) .
فالمبيع قد يكون حقا عينيا كحق الملكية ، وحق الانتفاع un droit d'usufruit ، وحق الارتفاق un droit du servitude وقد يكون حقا شخصيا ، كحق الدائنية ويتم بيعه بحوالة الحق . كما قد يكون حقا معنويا (ذهنيا وأدبيا) كحق المؤلف وحق المخترع وحق الاسم التجارى والعلامة التجارية .

والحقوق المعنوية تنظم بيعها القوانين الخاصة الصادرة بشأنها ، كما نصت على ذلك المادة (٨٦) من القانون المدنى المصرى .

^(١) أستاذنا الدكتور / عبد الرزيد مأمون المرجع السابق ص ٧٢ من ٩٩ .

^(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق نفس الموضوع .

د. عبد الحامد الطاهر ، المرجع السابق نفس الموضوع .

^(٣) MAZEAUD et CHABAS, op. Cit, n ° 836, pp. 118 et 119.

وإذا كان المبيع حقاً عتياً فبأنه قد يرد على شيء قيمى معين بذاته مسواء
أكان هذا الشيء منقولاً أو عقاراً، وفقاً لنص المادتين (٨٢ و ٨٣) من القانون
المدنى المصرى، وقد يرد الحق المبيع على شيء مثلى معين بنوعه .

وقد عرفت المادة (٨٥) من القانون المدنى المصرى الأشياء المثلية
بأنها: "هى الأشياء التى تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة
فى التعامل بين الناس بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن" . فالمدود كالبيض
والمقيس كالقماش من نوع معين ، والمكيل كالحبوب من نوع واحد ، والموزون
كالقطن من نوع واحد .

أما الأشياء القيمة فلم ينص عليها القانون صراحة ، ويقصد بها فى
الفقه القانونى: الأشياء التى تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك لا يقوم بعضها
مقام بعض عند الوفاء . وذلك كالأراضى والمنازل والحيوانات .

والمبيع قد يحوى جملة من الصفات التى تتصل بخصائصه المادية
والاقتصادية والقانونية .

فمثلاً تحمل أساسات المنزل المبيع بناء عدد من الأدوار عليها ، صفة
تتصل بالخصائص المادية للمبيع . وكون المبيع سيارة تستهلك قدراً معيناً من
الوقود صفة تتصل بالخصائص الاقتصادية لها . وكون المبيع آلة حائزة على
علامة الجودة طبقاً لقوانين المواصفات القياسية ، صفة تتصل بالخصائص
القانونية للمبيع^(١) .

وكما قد يرد الحق المبيع على شيء مفرز ، فإنه قد يرد على شيء
مملوك على الشيوع ، وفى هذه الحالة يتم البيع بالتراضى من كل المالكين على
الشيوع^(٢) .

^(١) د. حسام الدين كامل الأعرافى ، عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى - ٨٤٧ ص ٧٢٩ مطبوعات
الجامعة ط ١٩٨٩ م .

^(٢) MAZEAUD et CHABAS. Op. Cit, n° 837, p. 119.

وقد وصلت الأشياء التي يرد عليها الحق المبيع في الوقت الحالي إلى درجة عالية من التطور بفضل التقدم التكنولوجي المعاصر في صناعة وإنتاج المنتجات مما جعلها دقيقة ومعقدة في خواصها وتركيباتها الفنية كما قد تحوى صفات خطيرة .

٦- ثالثاً : شروط المبيع :

لا تخرج شروط المبيع عن الشروط التي يجب أن تتوافر في محل الالتزام بوجه عام . ولذلك يشترط في المبيع أن يكون موجوداً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون صالحاً للتعامل فيه ، فضلاً عن ضرورة أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، حتى يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري .

وواضح أن اشتراط أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع ، يعتبر شرطاً في العاقد (البائع) - حتى يستطيع أن ينفذ التزامه المترتب على عقد البيع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري - أقرب من كونه شرطاً في المبيع .

ولذلك سنقتصر على بيان شروط الوجود والتعين والصلاحيّة للتعامل مع مراعاة أن هذه الشروط يجب أن تتوافر في الحق المبيع وفي الشيء الذي يرد عليه .

الشرط الأول ، أن يكون المبيع موجوداً *existente*

يشترط في المبيع أن يكون موجوداً وقت انعقاد البيع أو ممكن الوجود بعد ذلك^(١) . والمدار في تطلب وجود المبيع وقت العقد أو إمكان وجوده ، يرجع إلى قصد المتعاقدين .

وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين ثلاثة فروع :

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة للرجع السابق ج٢ ف ١٠٢ ص ١٩١ .

د. حسي عطش . العقود المدنية الكبرى ، البيع والتأمين والإيجار ف ٤٧ ص ٨٠ الطبعة الثانية ١٩٨٤م دار النهضة العربية .

الفرض الأول : أن يقصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود فعلا وقت التعاقد، فإذا كان البائع يملك حقا ماليا على شيء موجود وقت انعقاد البيع، سواء كان هذا الشيء موجودا في مجلس العقد ، أم في غير مجلس العقد ، فإنه في هذه الحالة يجوز بيع الحق المالي الوارد على هذا الشيء ، وهذه هي صورة البيع العادية^(١). ولكن إذا تبين أن المبيع كان غير موجود وقت البيع - حتى ولو أمكن وجوده في المستقبل - كان البيع باطلا^(٢).

ومثاله : أن يكون المبيع حقا عينيا كحق الملكية على شيء معين بالذات ثم تبين عدم وجود هذا الشيء وقت إبرام العقد ، كأن يتم البيع على منزل معين ثم يتبين بعد ذلك أنه تهدم قبل إبرام العقد .

الفرض الثاني : أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق للمبيع غير موجود وقت التعاقد، ولكنه محتمل أو محقق الوجود في المستقبل .

ومثاله : أن يبيع شخص لآخر منزلا لم يبدأ ببنائه بعد ، على أن تنتقل الملكية إلى المشتري عند تمام البناء^(٣). وهذه هي حالة بيع الأشياء المستقبلية وهي جائزة بنص للمادة (١٣١) من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٣٠) مدني فرنسي ، والتي تنص على أنه: يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا * ويجب أن يكون وجود الشيء المستقبل أو استحالة وجوده ، أمرا

^(١) د. عبد الناصر الطنطا ، شرح أحكام البيع، للرجع السابق ف ١٧ ص ٣٥ .

^(٢) د. عبد الرزاق السهوري، للرجع السابق جـ ١ ف ١٠٧ ص ١٩٢ .

أستاذنا الدكتور / عبد الرشيد مأمون للرجع السابق فـ ٧٣ ص ١٠١ .

^(٣) MALAURIE (ph) AYNÈS (L), cours de droit civil les contrats spéciaux civils et commerciaux, T VIII nos 188 et 191, pp. 15. et 152. 10e éd. CUJAS, 1997- collart (F) Delebecque (ph), contrats civils et commerciaux n° 124, pp. 107 et 108., 3e éd, Dalloz 1996.

د. عبد الرزاق السهوري المرجع السابق ج ١ ف ١٠٢ ص ١٩٢ .

د. خميس خضر المرجع السابق ف ٤٩ ص ٨٣ .

متروكا لظروف لا دخل لإرادة البائع فيها وإلا كان البيع مطلقا على شرط واقف وإرادى محض ، فيبطل طبقا للقواعد العامة^(١)

والشئء المستقبل قد يكون محتمل الوجود ، كما إذا باع نتاج الماشية ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، فيكون البيع هنا مطلقا على شرط واقف ، يتحقق إذا وجد النتاج^(٢) وقد يكون الشئء المستقبل محقق الوجود ، كأن يبيع صاحب مصنع مقدارا معينا من مصنوعاته ، قبل أن يتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ فى صنعها^(٣) .

وترجع الحكمة من جواز بيع الأشياء المستقبلية إلى حاجة الناس إليها، ولكن قد يمنع القانون - لاعتبارات خاصة - ضروبا من التعامل فى الشئء المستقبل . كما فعل فى منع جميع وجوه التعامل فى التركة المستقبلية ، بحيث أن البيع الذى يقع على التركة المستقبلية يكون باطلا ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون ، وفقا للمادة (١٣١) مدنى مصرى .

الفرض الثالث : أن يكون الشئء غير موجود وقت التعاقد ويستحيل وجوده فى المستقبل . فإذا كان المبيع غير موجود أصلا ولا يمكن وجوده فى المستقبل ، فالمبيع يكون باطلا لاستحالة المحل . وقد نصت على ذلك المادة (١٣٢) من القانون المدنى المصرى بقولها : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا". فإذا استحال على البائع استحالة مطلقة أن ينقل الحق المبيع الذى تعهد بنقله ، فإن البيع يكون باطلا .

والاستحالة التى تسمح بطلب الإبطال يجب أن تكون معاصرة ومزامنة لإبرام العقد^(٤) .

(١) د. عبد الناصر الطار، المرجع السابق ل ١٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق ج٢ ف ١٠٢ ص ١٩٢ ، ١٩٣ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق ج٢ ف ١٠٢ ص ١٩٣ .

(4) (Christian) LARROUMET, droit civil, les obligations, le contrat, T, 111, 3e éd, Economica, 1996, n° 387, pp. 344 et 345.

الخط الثاني ، أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعيين .

المبيع باعتباره محل التزام البائع تنطبق عليه القواعد العامة في تعيين محل الالتزام بوجه عام . والتي نصت عليها المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري بقولها : "١- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا . ٢- وكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط" .

ومن ثم فإنه يجب لكي ينعقد عقد البيع أن يتم تراضى الطرفين على المبيع ، ولكي يتحقق ذلك يجب أن يكون المبيع معينا تعيينا كافيا ببيان أوصافه المميزة له عن غيره^(١) .

فإن لم يكن المبيع معينا في العقد ، فيجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين بأن يتضمن العقد بيانا بالأسس التي بمقتضاها يتم تعيين المبيع في المستقبل .

والتعيين يتم بكل ما من شأنه نفى الجهالة الفاحشة عن المبيع وفقا لطبيعته ، بحيث يمتنع الخط بينه وبين غيره^(٢) .

فإذا لم يتعين المبيع تعيينا كافيا ، ولم يكن قابلا للتعيين ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

ونظرا للأهمية البالغة لنظام تعيين المبيع ، والذي يترتب على عدم توافره بطلان العقد بطلانا مطلقا . فسوف نتعرض له بمزيد من الإيضاح والتحليل،

(١) د. محمد لبيب شب ر.د. مجدى صبحي خليل ، شرح أحكام عقد البيع ف ٤٤ مكرر ص ٧٤ . دار النهضة العربية ،

- د. عبد الرزوق مجدى . العقود للمساة ، البيع والإيجار والتأمين ص ٤٩ ط ١٩٧٨ م دار النهضة العربية .

(٢) د. عبد النعم البدروى ، الوجيز في عقد البيع ف ٣١ ص ٦٧ ط ١٩٩٨ م ، النسر التمهيد للطباعة .

للتمييز بينه وبين نظام العلم الكافى بالمبيع . وذلك فى المبحث الثانى من الفصل الأول من الباب الأول من موضوع البحث .

الشرط الثالث ، أن يكون المبيع صالحا للتعامل فيه ،

يكون المبيع صالحا للتعامل فيه إذا لم تسأب طبيعته أو الغرض الذى خصص له ذلك . وكان التعامل فيه مشروعا أو غير ممنوع لا بنص فى القانون ، ولا لمخالفته للنظام العام والآداب^(١) . فقد نصت المادة (٨١) من القانون المدنى المصرى على أنه : "١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية. ٢- والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجية حكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

كما نصت المادة (١٣٥) من القانون المدنى المصرى على أنه : "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". ويستفاد من هذه نصوص أن الشيء يكون غير صالح للتعامل فيه ، إذا كان خارجا عن التعامل طبيعته . حيث إن طبيعة الشيء الخاصة قد تكون مانعة من التعامل فيه ، وذلك الشمس والهواء والماء الجارى ، لأنه لا يمكن حيازة هذه الأشياء بحسب أصل. ولكن إذا زال المانع بأن أمكن حيازة شيء منها والانتفاع به ، فإنه فى هذه الحالة يكون صالحا للتعامل فيه^(٢).

وهو ما يحدث الآن ، حيث أمكن الاستفادة بأشعة الشمس وبالغازات الموجودة فى الهواء ، وبمياه البحار وما فيها من اللآلى والإسفنج وغيرها.

(1)(Christian) LARROUMET, les obligations, op. Cit. n° 395 p359

د. عبد الرزاق السهرورى ، المرجع السابق جـ ٤ ف ١٤٢ ص ٢٦١

د. توفيق حسن فرج . عقد البيع والمقايضة ف ٦١ ص ٩٢ ط ١٩٨٥م

د. حمى عشر المرجع السابق ف ٥٢ ص ٨٨ .

(٢) أمثلة الذكر عبد الرشيد مأمون . المرجع السابق ف ٨٩ ص ١٢١ .

والشئ قد يكون غير صالح للتعامل فيه ، بحسب الغرض الذى خصص له . ولذلك لا يصح بيع الأملاك العامة لأنها مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم ، حسب المادة ٨٧ فى فقرتها الثانية من القانون المبنى المصرى .

والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه^(١) . كما أن الشئ قد يكون غير صالح للتعامل فيه ، لكون التعامل فيه غير مشروع ، وعدم المشروعية ترجع إلى نص فى القانون ، أو إلى مخالفة النظام العام أو الآداب .

فكثيرا ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو تقييد بيعها باعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ، كما فى بيع المخدرات بأنواعها المختلفة والأسلحة وغيرها .

وقد يكون عدم المشروعية راجعا إلى مخالفة النظام العام والآداب ، فمثلا لا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح ، كما لا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد لأن هذا يتنافى مع النظام العام . كما لا يجوز بيع دار أو شقة لاستغلالها فى الدعارة أو القمار ، لأن هذا يتنافى مع الآداب العامة^(٢).

فإذا تم إبرام عقد البيع بصدء شئ غير صالح للتعامل فيه على النحو السابق بيانه ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا .

وإذا توافرت الشروط السابقة فى المبيع ، فإنه يكون صالحا لإبرام عقد البيع عليه .

ولكن هذا العقد قد يكون قابلا للإبطال لمصلحة المشتري لعدم علمه بالمبيع علما كافيا . ولكى يمكن توقي مثل هذا الإبطال فيه يجب أن يتوافر فى

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق جـ ١ ف ١٤٦ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق جـ ١ ف ١٤٧ ص ٢٦٥ .

الشيء المبيع مواصفات معينة ، توضح حقيقته ، وتظهر مدى ملاءمته للغرض الذى ينتظره منه المشتري ، وأن يكون المشتري عالما بها ، فإذا استحال على المشتري العلم من تلقاء نفسه ، وجب على البائع أن يقدم له البيانات والمعلومات اللازمة لإعلانه بمواصفات الشيء المبيع *Caractéristiques de la chose vendue* وكيفية استعماله على الوجه الذى يتحقق معه النفع المنشود . وهو ما يعبر عنه فى الفقه الفرنسى بالالتزام بالوصف *L'obligation de description* ، والالتزام بطريقة الاستخدام^(١) *l'obligation de mode d'emploi* وهى أمور موضوعية *des faits objectifs* ترتبط بطبيعة الشيء *Nature de la chose* . مما يجعل لنظام العلم الكافى ارتباطاً بالشيء محل الحق المبيع . وهذا وجه موضوعى له .

إلا أنه لا يمكن إغفال الوجه الشخصى *aspect subjectif* لنظام العلم الكافى بالمبيع ، وما يمثل من حماية خاصة لجانب المشتري . بحيث يجب أن يحرص البائع على أن يكون الشيء متفقا ومطابقا لما ينتظره منه المشتري^(٢) . وخصوصا فى بيع الأجهزة ذات التقنية العالية .

(1) (claude) Ducouloux – Favard, droit de la vente p 114. Éd, 1991.

(2) DUCOULOUX – Favard (claude) op. Cit. P. 114. OÙ illedit : "le vendeur doit veiller à ce que la chose corresponde à ce qu'en attend "cet" acheteur".

المبحث الثاني

ماهية المبيع في الفقه الإسلامي

٧- تمهيد :

لكي ينشأ عقد البيع في الفقه الإسلامي ، فلا بد من توافر أركان ثلاثة :
وهي الصيغة والعقدان والمعقود عليه^(١) . وهذه الأمور جعلها جمهور الفقه
الإسلامي - المالكية والشافعية والحنابلة - أركاناً في عقد البيع^(٢) ، بينما ذهب
فقهاء الأحناف إلى أن ركن العقد هو الصيغة - الإيجاب ، والقبول - وما عداهما
يعتبر من الشروط^(٣) . وهو خلاف نظري لا يترتب عليه أى أثر حقيقي .

وبالنظر إلى تحديد حقيقة المعقود عليه في الفقه الإسلامي ، نجد أن
الفقهاء قد سلكوا في ذلك اتجاهين :

الاتجاه الأول : سلكه جمهور الفقهاء ، وهم المالكية والشافعية والحنابلة^(٤)
وذهبوا إلى أن المعقود عليه في عقد البيع ، هو المبيع والثمن . فكل منهما جزء
لركن من أركان البيع ، وهو المعقود عليه .

(١) أساتذا الدكتور/ أنور محمود دبور ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، القسم الثاني ، أهم النظريات في
الفقه الإسلامي ، نظرية العقد ، ف ٤٢٨ ص ٣١٧ ط ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م دار الثقافة العربية .

(٢) الشرح الكو للعلامة أحمد التردير وحاشية الشيخ محمد بن عرفة السوقي عليه ، جـ ٣ ص ٢ ، ط
دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، المجموع للعلامة النووي شرح المهذب جـ ٩ ص ١٤٩
ط. دار الفكر بيروت . كشف القناع عن من الإناف للعلامة البهوتي جـ ٣ ص ١٤٦ الناشر مكتبة
النصر الحديثة .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة علاء الدين الكاساني جـ ٦ ص ٢٩٨٣ ط. مطبعة الإمام .

(٤) الشرح الكو للتردير وحاشية السوقي جـ ٣ ص ٢ ، مفتي الختاج للعلامة محمد الشريفي الخطيب عيسى
من النهاج للعلامة النووي جـ ٢ ص ٣ ط. مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م ، كشف القناع جـ ٣
جـ ١٤٦ ، شرح منتهى الإرادات للعلامة البهوتي جـ ٢ ص ١٤٢ ط. مطبعة أنصار السنة المحمدية
١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م.

الاتجاه الثاني : سلكه فقهاء الحنفية . فذهبوا إلى أن المعقود عليه في عقد البيع هو المبيع فقط^(١) . ووجهة نظر الجمهور في جعل البديلين - المبيع والتمن - معقودا عليهما (أي محلا للعقد) ، أن التعاقد لا يتم إلا بهما ، لأن كل واحد منهما يؤخذ في مقابل الآخر .

وجهة رأي الحنفية : أن الثمن غير مقصود للمتعاقدين ، بل هو وسيلة إلى المقصود الذي هو المبيع ، لأن الانتفاع يكون بالمبيع لا بالثمن ، وبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة الآلات من الصناعات^(٢) .

وما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول ، لأن المبيع إذا كان مقصودا للعقد من جهة المشتري ، فإن الثمن أيضا مقصود للعقد لكن من جهة البائع ، فليس أحد البديلين أولى بأن يكون مقصود العقد من الآخر ، لأنه إذا كان الثمن وسيلة المشتري للحصول على المبيع ، فإن المبيع وسيلة البائع للحصول على الثمن .

وتقل أهمية الخلاف السابق إذا علمنا أن الفقهاء متفقون على أن المبيع والتمن لا بد منهما لتمام عقد البيع بقطع النظر عن كون الثمن ركنا في العقد أو شرطا فيه .

ويتضح لنا مما تقدم أن جميع الفقهاء متفقون على ضرورة وجود المبيع لتوافر ركن المعقود عليه في عقد البيع، وبغض النظر عن كونه جزءاً لركن المعقود عليه - كما ذهب جمهور الفقهاء - أو أنه هو المعقود عليه والتمن شروط في العقد كما ذهب فقهاء الحنفية .

^(١) البحر الرائق شرح كثر الدقائق لابن نجيم الحنفى ج ٥ ص ٢٥٨ ط . المطبعة العلمية بيروت . لبنان .

^(٢) حاشية العلامة ابن عابدين رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ٣ الطبعة الثالثة . المطبعة الكسوى

الأميرية سنة ١٣٢٥ هـ .

وهذه الأهمية التي أولاهها الفقهاء للمبيع تقتضى منا إلقاء الضوء على حقيقة المبيع فى الفقه الإسلامى من حيث التعريف به ، وبينان طبيعته وخصائصه ، وأهم الشروط التى يجب أن تتوافر فيه . وهو ما نتناوله فيما يلى :

٨- أولاً : معنى المبيع فى الفقه الإسلامى
عرف الشيخ على الخفيف ، المبيع بأنه : ما يملكه المشتري بعقد البيع من البديلين^(١) .

وهذا التعريف عام . حيث لم يوضح حقيقة المبيع الذى يملكه المشتري بعقد البيع ، وما إذا كان حقاً أم شيئاً ، مالا أم غير مال .

ويمكن الوقوف على معنى المبيع فى الفقه الإسلامى والتعرف على حقيقته ، وذلك من خلال ما وضعه الفقهاء من تعريفات للبيع بالمعنى الخاص .

فقد عرف فقهاء الحنفية البيع بأنه : "مباذلة المال بالمال بالتراضى بطريق الاكتساب"^(٢) . وإذا أطلق لفظ البيع عند الحنفية ، فبأنه يقصد به بيع السلع بالثمن . مما يدل على أن المبيع عند الحنفية عبارة عن مال غير نقدي ، يجب أن يتم تراضى الطرفين عليه حتى تنتقل ملكيته إلى المشتري فى مقابل الثمن وهو مال نقدي .

وقد ميز الحنفية بين المبيع والثمن ، فذهبوا إلى أن المبيع والثمن من الأسماء غير المترادفة ، الواقعة على معان مختلفة ، فالمبيع فى الأصل اسم لما

(١) الشيخ على الخفيف . مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ١٦٢ الطبعة الرابعة ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م
طبعة الستة المحمدية .

(٢) شرح العناية للبابرتي وفتح القدير لابن الهمام على المحلى للمرغيناني ج ٥ ص ٧٣ الطبعة الأولى ،
الطبعة الكبرى الأموية بربلوق ١٣١٦هـ .

يتعين بالتعيين في العقد ، والثنى في الأصل اسم لما لا يتعين بالتعيين في العقد^(١).

ومحرف المصلحة ، البيع بأنه : 'عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ، ذو مكايسة أحد عوضية غير ذهب ولا فضة ، معين غير العين فيه'^(٢) مما يدل على أن المفقود عليه عند الملكية غير منافع ، أي ذوات . بحيث يجب أن يكون المبيع ذاتا معينة ليست من النقود ، كما يستفاد من التعريف . وعرفه فقهاء الشافعية بأنه : 'عقد معاوضة مالية تنفيذ ملك عين أو منفعه على التأييد لا على وجه القرية'^(٣) .

وهو ما يعنى أن المبيع عبارة عن عين تملك بالعقد . إلا أن الشافعية أجازوا تملك المنافع أيضا .

وعرف الحنابلة البيع بأنه : 'مبادلة مال - ولو في الذمة - أو منفعة مباحة مطلقا بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض'^(٤) . بمعنى أن المبيع عبارة عن مال بصبب الأصل ويجوز أن يكون منفعة مباحة .

ويستفاد من هذه التعاريف أن المبيع في حقيقته عبارة عن مال غير نقدي يتعين بالتعيين في العقد ، كما أوضح فقهاء الحنفية . أو أنه ذات معينة كما أوضح فقهاء المالكية عند شرحهم للتعريف^(٥) . أي أنه عين تملك بالعقد عند الشافعية أو مال عند الحنابلة . وإن أجاز الشافعية والحنابلة تملك المنافع .

^(١) إبدائع الصنائع للعلامة الكاساني جـ ٧ ص ٣٢٢٣-٣٢٢٤ .

^(٢) الشرح الكبير للعلامة الدردير وحاشية النسوقي جـ ٣ ص ٢ .

^(٣) حاشية الإمامين قتيبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين الخلي على منهاج الطالبين للإمام النووي

جـ ٢ ص ١٥٢ ط مطبعة محمد علي صبيح .

^(٤) الإقناع للعلامة الحجاوي مع شرحه كشاف القناع للعلامة الهوي جـ ٣ ص ١٤٦ .

^(٥) حاشية النسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢ ، ٣ .

وبمعنى أن المبيع فى نظر الفقه الإسلامى هو : عين مالية^(١) ، أى ذات معينة سواء أكانت (مالاً أم عيناً) . فهو شىء من الأشياء يتم تراضى المتعاقدين عليه فتنتقل ملكيته بالعقد .

٩- ثانياً ، طبيعة المبيع وخصاصه :

انتبهنا إلى أن المبيع فى الفقه الإسلامى هو ذات معينة (مال أو عين) من غير النقود ، أى شىء من الأشياء .

والأشياء التى تصلح لأن تكون محلاً لعقد البيع متعددة ولا تقف تحت حصر . فمنها العقار ومنها المنقول والمثلّى والقيّمى . والأشياء المثلّية هى التى لا تتفاوت آحادها كالمكيلات والموزونات والمعدودات ويتم تعيينها بالكيل والوزن والعد وذلك كالقمح والزيت والجوز واللوز ، وهذه الأشياء يكفى رؤية بعضها ، وهو النموذج لجريان العادة بالاعتفاء ببعض فى الجنس الواحد ، ولو وقع العظم به بالباقي ، إلا إذا كان الباقي أردأ فيكون للمشتري الخيار فيه وفيما رأى حتى لا يودى إلى طريق الصفقة قبل التمام . وقد يكون المبيع من الأشياء القيّمة للتسوية تتفاوت أفرادها فى القيمة كالذوايب ، وهذه لا بد من رؤية أفرادها واحداً فواحداً لأن رؤية بعضها لا يفيد العلم بالباقي للتفاوت^(٢) .

والمبيع قد يكون عيناً مفردة وقد يكون جزءاً شائعاً من عين مفسرة ، وفى هذه الحالة يصح أن يباع للشريك فى هذه العين أو يباع لغيره^(٣) . فقد أجاز فقهاء الشافعية بيع الجزء الشائع من كل جملة مطومة من دار أو أرض أو صبرة أو ثمرة وغيرها لعدم الغرر^(٤) .

(١) استأذنا الدكتور / أنور محمود دبور ، نظرية العقد المرجع السابق ل ٥٣٥ ص ٤٠٢ .

(٢) تبين المحققان شرح كل الدلائل للعلامة الزيلعى ج ٢ ص ٢٦ الطبعة الأولى المطبعة الأميرية سنة ١٣١٤هـ .

(٣) الشيخ على الخفيف يحصر أحكام المعاملات الشرعية . المرجع السابق ص ١٦٢ .

(٤) المجموع شرح المذهب للعلامة النووي ج ١ ص ٢٨٧ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي -

ج ٣ ص ٣٥٩ ط المكتب الإسلامى .

١٠ - ثالثاً ، شروط المبيع في الفقه الإسلامي :

سلك الفقهاء اتجاهات مختلفة في تحديد شروط المعقود عليه ففى عقد البيع ، فبينما ذهب فقهاء الحنفية إلى أن شروط المعقود عليه ثلاثة أنواع ، وهى شروط الاتعاقاد وشروط التنفيذ وشروط الصحة^(١)، نجد أن فقهاء المالكية قد حددوا شروط المعقود عليه فى نوعين وهما شروط للصحة وشروط التنفيذ^(٢)، بينما ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الذى يشترط فى محل العقد هو نوع واحد من الشروط، وهى شروط الصحة^(٣).

ويمكننا أن نجمل الشروط التى يجب أن تتوافر فى المبيع لكى يصلح أن يكون محلاً لعقد البيع - بغض النظر عن كونها شروطاً للاتعاقاد أو للصحة أو للتنفيذ أو للزوم - وذلك فى أربعة شروط ، وهى : وجود المبيع ، والقدرة على تسليمه ، وتعيين المبيع بالعلم به بما ينفى عنه الجهالة الفاحشة ، وشروط المايبة والتقويم ، بما يجعل المبيع قابلاً للتعامل فيه .

ونبين كل شرط من هذه الشروط على النحو التالى :

الشرط الأول ، أن يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد :

وهذا الشرط محل خلاف بين فقهاء الشريعة الغراء .

فذهب الأحناف : إلى أنه يشترط وجود محل العقد وقت التعاقد ، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم . ويجب أن يكون محل العقد موجوداً وقت التعاقد على سبيل التحقق لا على سبيل الإمكان . فلا يصح بيع الشيء المقطوع بعدم وجوده وقت التعاقد ، كبيع الثمر قبل وجوده ، ولا بيع الشيء الذى يحتمل وجوده وعدم وجوده وقت التعاقد ، كبيع الحمل فى بطن أمه لأنه يحتمل أن يكون انتفاخاً وليس

^(١)إدائع الصنائع للعلامة الكاسانى جـ ٦ ص ٢٩٨٦ .

^(٢)الشرح الكبير لمجاهة الدسوقي جـ ٣ ص ١٠ وما بعدها .

^(٣)مبنى احتاج جـ ٢ ص ١١ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٤٢ وما بعدها .

حملاً^(١). كما يجب أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد في الواقع لا فسي ظن المتعاقدين . فإذا ظن المتعاقدان المعلوم موجوداً فتعاقدوا عليه ، ثم ظهر عدم وجوده ، كان العقد باطلاً ، كأن قال البائع للمشتري بعثك هذا الباقوت فإذا هو زجاج^(٢) . أو قال البائع للمشتري بعثك هذا الذهب بألف ، فقال المشتري قبيلت ، ثم اتضح أنه نحاس ، لم ينعقد العقد - وإن كان العاقدان يظنسان أنه ذهب - لأن العبرة بالواقع لا بظنهما^(٣) . ويجب أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد على الصفة التي تم التعاقد عليها ، ولذلك قالوا لا يجوز بيع اللحم في الشاة والزيت في الزيتون ، لأن المعقود عليه - وهو اللحم والزيت - غير موجود وقت التعاقد ، وإن كان قد وجد أصله الذي يؤخذ منه ، وهي الشاة والزيتون^(٤) .

وقد صرح فقهاء الحنفية بالنص على شرط وجود الشيء المبيع^(٥) . ونصت مجلة الأحكام العدلية على أنه : "يلزم أن المبيع موجوداً"^(٦) . وجاء في مرشد الحيران : "يشترط أن يكون المبيع موجوداً"^(٧) .

وهذه هي القاعدة : إلى أنه يشترط وجود المعقود عليه وقت التعاقد في عقود المعاوضات فقط ، كالبيع ولا يشترط في عقود التبرعات : كالهبة

^(١) بدائع الصالحات ج ٦ ص ٢٩٩٦ .

^(٢) المبسوط للرخسى ج ١٣ ص ١٢-١٣ الطبعة الأولى مطبعة السعادة .

^(٣) استاذنا الدكتور / أنور محمود دبور ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، نظرية العقد ، المرجع السابق ٤١٤ ص ٤١٤ .

^(٤) استاذنا الدكتور / أنور محمود دبور ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

^(٥) بدائع الصالحات ج ٦ ص ٢٩٩٦ ، رد المختار ج ٤ ص ٣ .

^(٦) شرح المجلة للشيخ سليم رستم باز الباق ، المجلد الأول ، المادة رقم (١٩٧) ص ٨٢ ط ، ١٩٨٦ م بيروت .

^(٧) كتاب مرشد الحوائف إلى معرفة أسرار الإنسان للشيخ محمد قدرى باشا المادة رقم (٢٧٢) ص ٤٥ الطبعة الثانية ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م ، المطبعة الأميرية .

والوصية ، ولا في عقود التوثيق كالرهن ، ويكتفون في محل هذه العقود بإمكان وجوده مستقبلاً^(١).

ويكفي عند الملكية أن يكون المبيع محقق الوجود في المستقبل - ولسو لم يكن موجوداً بالفعل وقت العقد - إن علمت صفته بما يرفع عنه الجهالة والغرر. ولذلك أجاز فقهاء الملكية بيع هواء (أي قضاء) فوق هواء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بعني عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك . إن وصف البناء الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهالة والغرر^(٢). كما أجازوا للبائع شراء رطل لحم من شاته التي باعها قبل الذبح ولو لم يكن اللحم موجوداً بالفعل وقت العقد وقبل الذبح ، وذلك لعلم المشتري بصفة لحم الشاة ، وهو ما ينتفى معه الغرر^(٣).

ومحمد الحنابلة : ذهب العالمان الجليلان : ابن تيمية^(٤) . وابن القيم^(٥) ، إلى أنه لا يشترط في محل العقد أن يكون موجوداً وقت التعاقد مطلقاً ، بل يكفي أن يكون محقق الوجود أو مما يغلب وجوده في المستقبل . وذلك لأن النهي عن بيع المعدوم ليس لذاته ، بل لما اشتمل عليه من الغرر المتمثل في عدم القدرة

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٦٦ .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ١٤ .

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية النووي عليه جـ ٣ ص ١٦ .

(٤) القياس في الشرع الإسلامي لابن تيمية ص ٤٠ .

وابن تيمية هو : أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الدمشقي الحنبلي ، ولد سنة ٦٦١ هـ بمصر ، ثم تحول به أبوه إلى دمشق فبع واشتهر ، ومن تأليفه : منهاج السنة ، والفتاوى ، تسويل رحمه الله سنة ٧٢٨ هـ . وهو معتقل بقلعة بدمشق . راجع : فوات الوفيات لابن شاكركبي جـ ١ ص ٣٥-٤٥ ، المير الطالع جـ ١ ص ٦٣-٧٢ ، الفكر المسامي جـ ٢ ص ٢٦٢-٢٦٤ .

(٥) اعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٣٥٧-٣٥٨ ط . إنارة الطباعة الخيرية ، الناشر دار الحديث . وابن القيم هو : أبو عبد الله محمد بن بكر الزرعي ، المشهور بأبن القيم الجوزية ، ولد في دمشق سنة ٦٩١ هـ ، تعلم على شيخ الإسلام ابن تيمية ، امتاز بسلامة الدين وحسن الخلق ، له مؤلفات كثيرة منها : أعلام الموقعين ، والروح ، وإغاثة الألفهان ، توفي سنة ٧٥١ هـ . راجع المير الطالع جـ ٢ ص ١٤٣-١٤٦ .

على التسليم ، أو الجهالة المؤدية إلى النزاع والخلاف ، فحيث لا يوجد غرر - بأن كان المحل مقدورا على تسليمه ومطوما للعاقدين علما مانعا للنزاع - فإن العقد يكون صحيحا ولو كان المحل معنوما وقت التعاقد ، مادام يغلب وجوده ففى المستقبل . أما إذا وجد الغرر - بأن كان المحل غير مقدور على تسليمه . أو لم يكن مطوما للعاقدين علما يمنع الخلاف - فإن العقد يكون باطلا ، ولو كان محله موجودا بالفعل وقت التعاقد . وذلك لما رواه أبو داود عن أبي هريرة رضى الله عنه ، قال : **تهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر**^(١) .

ومن ثم لا يشترط عند المالكية وبعض فقهاء الحنابلة أن يكون المبيع موجودا بالفعل وقت التعاقد ، بل يكفى أن يكون محقق الوجود فى المستقبل ، أو أن يكون مما يغلب وجوده عند حلول أجل التسليم . ولكنهم يشترطون العلم بصفاته والقدرة على تسليمه بما يرفع عنه الجهالة والغرر . وهذا الرأى هو الأقرب إلى روح الشريعة الفراء لما فيه من التيسير على الناس فى معاملاتهم ، ورفع الحرج عنهم^(٢) .

والنهى عن بيع المعدوم فى الفقه الإسلامى يشمل ما إذا كان الشيء المبيع غير موجود أصلا ، أو أنه موجود فى أصله ولكنه غير محقق الوجود ففى المستقبل ، ومن ذلك بيع اللبن فى الضرع ، حيث لا يعلم إن كان الذى فى الضرع لبنا أو انتفاخا ، وكذلك بيع حمل الدابة فى بطنها ، وبيع الملامسة والمنايذة ، وبيع الحصة . فهذه كلها ببوع فيها غرر فاحش ، فضلا عن كونها على خطر العدم ، ومن ثم فلا تجوز^(٣) .

^(١) رواه أبو داود . راجع ، عون المبرود شرح سنن أبي داود ، لأبي الطيب محمد أبى داود - ج ٩ ص ١٨٠ ط . ١٤٤٥ هـ - ١٩٩٥ م . دار الفكر للطباعة والنشر .

^(٢) أساتذة الذكور / أنور محمود ديور ، المرجع السابق ف ٥٥٤ ص ٤٢٤ .

^(٣) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ج ٢ ص ١١١ ط . دار الفكر

ويمتثنى جمهور الفقه الإسلامى من بيع المعلوم ببيع السلم والاستصناع وذلك لجريان التعامل بهما ولميسس الحاجة إليهما ، فضلا عن أن الشيء المببيع وإن كان معنوما وقت التعاقد ، إلا أنه محقق الوجود فى المستقبل عند حلول أجل التسليم . وهذا الجواز مقيد بشروط معينة ينتفى معها الغرر والمقامرة ، ومنها : أن يكون المسلم فيه موصوفاً فى الذمة ، ومعلوم الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل وأن يكون مقدورا على تسليمه عند حلول الأجل^(١).

والاستصناع هو : طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص ملته من الصانع^(٢). وقد وضع له الفقهاء ضوابط وشروط تنأى به عن الغرر .

* الخطر الثأفى : أن يكون المببيع مقدورا على تسليمه :

يشترط الفقهاء القدرة على تسليم المببيع ، لأن مالا يقدر على تسليمه شبيهه بالمعوم والمعوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه^(٣) . فضلا عن أن عدم القدرة على تسليم المببيع إلى المشتري يتنافى مع الغاية من عقد البيع ، وهى حصول المشتري على المببيع للارتفاع به ، فى مقابل دفع الثمن إلى البائع .

وتشترط القدرة على تسليم المببيع حال العقد ، وإلا كان البيع باطلا^(٤). وسواء أكان المتاع من التسليم حصيا وواقعا ، كالظير واللحل الذى فى الهواء والسملك الذى فى لجة الماء . أو كان المتاع من التسليم شرعيا كما إذا كان المببيع جذعا فى سقف أو عمودا فى بناء ، لأنه يترتب على تسليمه إتلاف المال وإلحاق

^(١) الشرح الكبير للردوير جـ ٣ ص ٢١١ ، فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع جـ ٩ ص ٢٤٥ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ٢٢٠ .

^(٢) مرشد الحيران ، المادة رقم (٤٦٢) .

^(٣) بدائع الصنائع جـ ١ ص ٣٠٦ ، شرح المحرر جـ ٥ ص ٢٠ ، الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ المطبعة الكبرى الأموية . لقابله الاحتاج إلى شرح للنهاج للرملى جـ ٣ ص ٣٨٦ ط . مصطفى البابى الحلبي ، كشاف القناع عن من الإقناع جـ ٣ ص ١٦٢ .

^(٤) كشاف القناع عن من الإقناع جـ ٣ ص ١٦٢ ، أستاذنا الدكتور / أنور محمود دبور ، نظرية العقد المرجع السابق فـ ٥٥٨ ص ٤٢٦ .

الضرر بالبائع ، والضرر غير مستحق بالعقد فكان ممنوعا شرعا ، كما يمنع بيع المرهون والموقوف شرعا لعدم الإضرار بالغير صاحب الرهن والموقوف عليه^(١).
ويفرق فقهاء المالكية في الاستحالة الشرعية بين ما إذا كان سيترتب على التسليم إضاعة مال على البائع ، كهدم البناء الذي يعتمد على العمود المبيع وفي هذه الحالة يقررون عدم جواز الإقدام على البيع ديانة ، أما إذا وقع البيع فإنه يصح . وبين ما إذا كان سيترتب على التسليم تلف المبيع نفسه كاحتمال كسر العمود الذي كان محلا للبيع ، وفي هذه الحالة يقررون عدم صحة البيع^(٢).
الشرط الثالث : أن يكون المبيع معينا بحسب طريق العلم النهائي للجسالة الفاحشة :

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن محل عقد البيع يجب أن يكون معينا وقت التعاقد ، وإلا فسد العقد عند الحنفية ، أو كان باطلا عند جمهور الفقهاء . وتعيين المبيع يكون بالعلم به علما يمنع من الجهالة الفاحشة ، التي تؤدي إلى المنازعة^(٣) .

ويكون المبيع معلوما وبالتالي معينا إذا رآه المتعاقدان عند العقد أو قبله بوقت لا يتغير في مثله عادة^(٤).

وتختلف طرق العلم بالمبيع وبالتالي تعيينه ، بحسب ما إذا كان المبيع موجودا في العقد أو غائبا عنه .

^(١) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٠٦٤ ، شرح العلامة الخرخشي جـ ٥ ص ٢٠ ، المجموع للعلامة النوري جـ ٩ ص ٢٨٤ .

^(٢) شرح العلامة الخرخشي جـ ٥ ص ٢٠ ، ٢١ .

^(٣) د. عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي . المجلد الأول جـ ٣ ص ٦٩ ط دار النهضة العربية . د. حسين حامد حسان المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٣١١ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٢م دار النهضة العربية .

^(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٣٧ ، بدلية المجتهد جـ ٢ ص ١١٧ ، مفتي الختاج جـ ٢ ص ١٨ ، شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٤٦ .

- فإذا كان المبيع موجوداً في مجلس العقد ، فجزئ المالكية والشافعية أنه لا بد في العلم به من رؤيته ، فإذا كان موجوداً ولم يره المتعاقدان كان العقد باطلاً^(١) . إلا أن المالكية أجازوا استخدام الوصف كوسيلة للعلم إذا تعذرت الرؤية بأن كان فيها مشقة^(٢) وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن العلم يتحقق بالإشارة إلى المحل الموجود في مجلس العقد ، ولو كان ذلك في مكان مستتر ، كالحنطة في الكيس والسكر في الصندوق والأمتعة في ظروفها^(٣) .

- وإذا كان الشيء المبيع مأثراً عن مجلس العقد ، فيجب لتحقيق العلم به ، أن يوصف بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة^(٤) ويعينه تعييناً واضحاً يمنع النزاع بشأنه .

فإذا كان المبيع شيئاً قيمياً فإنه يعين بالذات عن طريق وصفه وصفاً دقيقاً يرفع الجهالة الفاحشة ، كأن يقول البائع للمشتري بعتك فرسي أو دارى وليس له سواء .

وأما إذا كان المبيع شيئاً مثلياً فيتم العلم به وتعيينه عن طريق الوصف الذي يبين جنسه ونوعه ومقداره .

وسنبين ذلك بالتفصيل عند التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافي به فسي والفقه الإسلامي .

(١) مواهب الجليل للعلامة الخطاط جـ ٤ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، مغنى

اجتاج جـ ٢ ص ١٨ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية النسوقى جـ ٣ ص ٢٤ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٣) بدائع الصالحات جـ ٦ ص ٣٠٥٥ ، متن الإقناع مع شرحه كشاف القناع جـ ٣ ص ١٦٣ .

(٤) حاشية العلامة ابن عابدين رد المحتار جـ ٤ ص ٩٧ ، حاشية النسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٥ ،

كشاف القناع جـ ٣ ص ١٦٣ .

الشرط الرابع ، أن يكون المبيع مالا متقوما :

يشترط الفقه الإسلامي أن يكون المبيع مالا متقوما ، حتى يكون صالحا للتعامل فيه . ويجب أن يكون هذا المال طاهرا ومتنفعا به ، كما يجب أن يكون مملوكا لم يتعلق به حق لازم لله أو للعبد .

واشترط أن يكون المبيع مالا ، أمر متفق عليه بين الفقهاء . وقد صرح به فقهاء الحنفية^(١) والحنابلة^(٢) . أما المالكية^(٣) والشافعية^(٤) فقد اشترطوا أن يكون المبيع طاهرا ، ومتنفعا به شرعا ، مما يعد عنصرا في شرط المالية .

وعلى ذلك فما ليس بمال في عرف الشرع فلا يجوز التعامل فيه ، ولذلك لا يجوز التعامل في الإنسان الحر ببيعه أو بيع عضو من أعضائه لأنه ليس بمال^(٥) . ولكي يكون الشيء المبيع مالا في وجهة نظر الشرع فإنه يجب أن يكون طاهرا . فإذا كان نجسا كالهيئة والدم وغيرهما من الأشياء النجسة ، أو المانعات المتنجسة التي لا يمكن تطهيرها ، فإنه لا تعتبر مالا في وجهة نظر الشرع ، ومن ثم لا يجوز أن تكون محلا لعقد البيع^(٦) .

كما يجب أن يكون هذا المال متنفعا به ، حتى يصح أن يكون محلا لعقد البيع . فمالا نفع فيه في الواقع كالحشرات والسباع وغيرها ، أو ما فيه نفع ولكن يمنع منه الشرع ، كآلات اللهو والمعاصي ، لأن المنفعة فيها غير معتبرة شرعا .

^(١) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٠ ، حاشية العلامة ابن عابدين رد المحتار ج٤ ص ٣ .

^(٢) كشف القناع ج٣ ص ١٥٢ ، شرح منتهى الإرادات ج٤ ص ١٤٢ .

^(٣) الشرح الكبير وحاشية النسوي ج٣ ص ١٠ ، بلفة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أحمد الصاوي والشرح الصغير للعلامة أحمد البردقير ج٢ ص ٣٤٩ ط دار أحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .

^(٤) التكملة في المحتاج ج٣ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، وفق المحتاج ج٢ ص ١١ .

^(٥) تبين الحقائق للعلامة الزملي ج٤ ص ٤٤ ، مواهب الجليل ج٤ ص ٢٦٣ ، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢٤٥ .

^(٦) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٦ ، بلفة السالك والشرح الصغير ج٢ ص ٣٤٩ .

فهى فى حكم المعدومة ، ولذلك لا يجوز التعامل فيها بالبيع ، لأنه لا يصل الانتفاع بها شرعا^(١) .

ويجب أن يكون هذا المال منقوما (أى له قيمة بعند بها شرعا) حتى يصح أن يكون محلا لعقد البيع ، ولذلك لا يجوز التعامل بالبيع فى الخمر والخنزير لأنها غير منقومة^(٢) .

وكذلك يجب أن يكون المال مملوكا ليصح التعامل فيه بالبيع . فلا يجوز التعامل فيما لا يقبل الملك من الأموال العامة أو المشتركة ، كالمراعى والمياه والطرق ، والأسواق والقنوات لأنها أموال عامة مشتركة بين المسلمين .

ولا يجوز التعامل فيما يقبل الملك قبل تملكه ، وهو المال المباح ، وذلك كالتبوير فى الهواء والسمك فى الماء ، لأنها غير مملوكة قبل حيازتها ، ولكن إذا حازها شخص واستولى عليها فيجوز له بيعها لأنها صارت مملوكة له^(٣) .

كما يجب حتى يكون المال محلا لعقد البيع ألا يتعلق به حق لازم ، وهذا الحق قد يكون لله تعالى وقد يكون للعبد . فيمتنع التعامل فى المحل إذا كان هذا التعامل يفوت حقا لله تعالى ، ومن ثم فلا يجوز بيع المساجد لأنه يفوت الغرض منها ، وهو إقامة شعائر العبادة . والمحافظة على الدين وهو حق لله تعالى .

كذلك سائر مقاصد الشريعة حقوق لله تعالى ، فلا يجوز إبرام عقد من العقود بقصد تفويتها . ولذلك لا يجوز التعاقد على قتل النفس بغير حق أو إزالة العقل أو بيع العرض أو إتلاف المال ، أو أكله بالباطل عن طريق عقود الغرر والربا . لأن حقوق الله يترتب عليها مصلحة عامة للمسلمين جميعا ، فلا يجوز التعامل فيها بما يفوت الغرض منها .

وإذا تعلق بالمال حق لآدمى فإنه يمتنع التعامل فيه بما يفوت هذا الحق وما قصد منه من تحقيق مصلحة خاصة لصاحبه . ولذلك لا يجوز التعامل فى المال الموقوف لتعلق حق الموقوف عليه به ، ولا يجوز بيع الإنسان الحر لأنه أحق بنفسه^(٤) .

^(١) بلفظ السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٣٤٩ مجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٥٦ .

أستاذنا الدكتور /أنور محمود دبور ، للرجع السابق ف ٥٤٢ ص ٤٠٧ و ٤٠٨ .

^(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤٤ .

^(٣) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٠٦ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤٨ .

^(٤) مجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٢٤٥ مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٦٢ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى فيما يتعلق بماهية المبيع

أ- بحدود تحديد المقصود بالمبيع :

يتضح مما تقدم أن القانون المدنى يتلق ما مع ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامى من ضرورة ركن المحل (المعقود عليه) لقيام عقد البيع . ولكن يظهر الاختلاف بينهما فى حقيقة هذا المحل . فبينما يذهب غالبية فقهاء القانون المدنى فى مصر وفرنسا إلى أن المحل فى عقد البيع هو الالتزام الناشئة عن العقد . فعقد البيع يرتب التزامات على عاتق البائع أهمها الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري . كما يرتب التزامات على عاتق المشتري أهمها الالتزام بدفع مبلغ نقدي إلى البائع وهو الثمن، وأن قلّة من فقهاء القانون الفرنسى تذهب إلى جعل الشيء المبيع محلاً لعقد البيع نجد أن جمهور الفقه الإسلامى يجعل محل عقد البيع هو الشيء المبيع والثمن . أى أنه أشياء أو ذوات وليس التزامات يرتبها العقد .

وفقاً للتصور القانونى يتضح أن المقصود بالمبيع هو حق الملكية أو أى حق مالى آخر وليس هو الشيء ذاته ، ولذلك فإن المبيع باعتباره حقاً مالياً قد يرد على عين أو دين أو منفعة أو مجرد حق . وأن هذا الحق لا تنتقل ملكيته مباشرة بالعقد بل ينتقل عن طريق تنفيذ الالتزام الذى يرتبه العقد على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وذلك بخلاف تصور الفقه الإسلامى لحقيقة المبيع ، والذى يرى أن المبيع عبارة عن ذات معينة أى شيء من الأشياء يرد عليه عقد البيع فتنتقل ملكيته بمجرد العقد . ومن منطق التصور القانونى لماهية المبيع يخال أن البائع إما

يتخلّى عن الحق المالى فقط نظير مبلغ من النقود ، وهذا غير صحيح لأن البائع إنما يتخلّى عن الحق المالى وعن موضوع هذا الحق معا. فمن يبيع منزلا لآخر يتخلّى عن حق ملكيته وعن المنزل كذلك .

ومن هنا يكون تصور الفقه الإسلامى للمبيع بأنه عين أو مال غير نقدى - أى شيء من الأشياء - أدق وأصح .

كما يتضح أنه إذا ورد الحق المبيع فى القانون المدنى على شيء مادى فإن هذا الشيء قد لا يختلف فى طبيعته عن الشيء المبيع وفقا للتصور البسيط له فى الفقه الإسلامى . حيث أنه قد يكون منقولا وقد يكون عقارا، وقد يكون شيئا قيما أو شيئا مثليا ، وقد يكون عينا مفرزة وقد يكون شائعا . ولكن من ناحية الخصائص والمواصفات فإن الأمر قد يختلف ، حيث أدى التقدم التكنولوجى فى مجال الصناعة إلى ظهور منتجات ذات تركيبات دقيقة ، وتقنيات معقدة .

١٢- وبصدد شروط المبيع :

نجد أن القانون المدنى يتطلب أن يكون المبيع موجودا فى وقت التعاقد أو ممكن الوجود فى المستقبل . والمدار فى تطلب وجود المبيع وقت التعاقد أو إمكان وجوده فى المستقبل يرجع إلى قصد المتعاقدين. وذلك بخلاف الحال فى الفقه الإسلامى، حيث يشترط فقهاء الحنفية أن يكون المبيع موجودا وقت التعاقد على سبيل التحقق لا على سبيل الإمكان. أى أن يكون موجودا فعلا وفى حقيقة الواقع لا فى ظن المتعاقدين، ويكتفى فقهاء المالكية والحنابلة بأن يكون المبيع محقق الوجود فى المستقبل، ولو لم يكن موجودا بالفعل وقت التعاقد وذلك إذا انتفى الغرر.

والقاعدة وفقا للقانون المدنى، جواز التعاقد على الشيء المستقبل حسب المادة (١٣١) مدنى مصرى. والاستثناء هو المنع كما فى حالة منع التعامل فى تركه إيمان على قيد الحياة.

وذلك بخلاف الوضع فى الفقه الإسلامى حيث يشترط فقهاء الحنفية وجود المبيع وجودا فعليا وقت التعاقد. وإجازة المالكية والحنابلة التعاقد على الشيء المستقبل ليست على سبيل الإطلاق بل مقيد بأن يكون الشيء محقق الوجود عند حلول أجل التسليم بما ينتهى معه الغرر، كما فى السلم والاستصناع. وبذلك يجوز وفقا للقانون المدنى أن يكون محل العقد شيئا محتمل الوجود.

بخلاف الحال فى الفقه الإسلامى ، حيث يجب أن يكون المبيع موجودا فعلا وقت التعاقد ، أو محقق الوجود فى المستقبل.

ويرجع ذلك إلى أن الفقه الإسلامى يشترط القدرة على تسليم المبيع ، ولن يتحقق ذلك إلا إذا كان المبيع موجودا فعلا وحقيقة عند التعاقد أو محقق الوجود عند حلول أجل التسليم، لأن المعلوم لا يمكن تسليمه.

وإذا كان القانون المدنى يتطلب تعيين المبيع أو قابليته للتعيين وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. فإن الفقه الإسلامى أيضا يشترط أن يكون المبيع معينا وقت التعاقد وإلا فسد العقد عند الحنفية أو كان باطلا عند جمهور الفقهاء.

وقد بين الفقهاء أن تعيين المبيع يتم عن طريق العلم به علما يمنع من الجهالة الفاحشة.

وإذا كان القانون المدنى قد اشترط صلاحية المبيع للتعامل فيه فإن الفقه الإسلامى أيضا قد عالج هذا الأمر. باشتراطه أن يكون المبيع مالا متقوما حتى يكون صالحا للتعامل فيه بالبيع.

ونجد تقريبا بين مسلك القانون المدنى، ومنهج الفقه الإسلامى فى تقرير الأسس والأسباب التى بمقتضاها يكون الشيء غير صالح للتعامل فيه.

فإذا كان القانون المدنى يرى أن طبيعة الشيء الخاصة قد تكون مانعة من التعامل فيه كالشمس والهواء والبحار، لعدم حيازتها فإن الفقه الإسلامى أيضا منع التعامل فى مثل هذه الأشياء إما لعدم ماليتها، أو لعدم حيازتها وتملكها. حيث يرى الفقه الإسلامى أن طبيعة الشيء قد تأبى التعامل فيه إذا لم يكن مالا مملوكا.

بل إن الفقه الإسلامي قد منع التعامل في بعض الأشياء، إما لنجاستها وإما لعدم الانتفاع بها، أو لأن هذا الانتفاع لا يقره الشرع فهو معدوم شرعا.

وإذا كان القانون المدني يرى أن الغرض الذي خصص له الشيء قد يكون مانعا من التعامل فيه بالبيع. وذلك كالأماكن العامة لأنها مخصصة لمنفعة عامة والمال الموقوف الذي يقتضى الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه، فإن الفقه الإسلامي أيضا يسلك نفس النهج فيمنع التصرف في الوقف أو الأملاك العامة كالمرعى والمياه والطرق، وذلك لأن التعامل فيها بالبيع يتنافى مع الغرض الذي خصصت له، وهو تحقيق المنفعة العامة للمسلمين جميعا.

وفقا للقانون المدني فإن الشيء قد يكون غير صالح للتعامل فيه بالبيع إما لنص القانون على ذلك. أو لأن التعامل فيه يخالف النظام العام والآداب.

وقد رأينا أن الفقه الإسلامي أيضا قد منع التعامل في بعض الأشياء، لكون التعامل فيها يترتب عليه تفويت حق الله تعالى. بل إن دائرة حق الله تعالى أوسع وأشمل من دائرة النظام العام والآداب. لأنه يترتب على صيانتها حفظ مقاصد الشريعة ورعاية مصلحة عامة المسلمين.

الفصل الثانى أصل العلم بالمبيع

١٣- تمهيد .

نحاول فى هذا الفصل الكشف عن جذور نظام العلم الكافى بالمبيع ، من حيث تاريخ ظهوره والصور التى كان يتخذها فى القوانين القديمة ، وذلك بقصد التعرف على القواعد التى تعتبر بمثابة الأساس الذى قامت عليه أحكام العلم بالمبيع فى القوانين القديمة ، والتى تعتبر أصلا ، لأحكام العلم بالمبيع فى القوانين المعاصرة ، رغم ما بلغته هذه الأخيرة من تطور تبعا لتطور الحياة الحديثة .

ونعرض أيضا لبيان القواعد العامة فى الفقه الإسلامى ، والتى تعتبر بمثابة الأصل^(١) الذى قامت عليه أحكام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى . وسوف نتناول كل ذلك فى محثتين :

المبحث الأول : أصل العلم بالمبيع فى القانون المدنى .

المبحث الثانى : أصل العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى .

(١) نعى بكلمة (أصل) أحد المعاني الاصطلاحية لها ، وهو : القاعدة المستفادة من العمومات التى يجب الرجوع إليها عند الشك ، أنظر لى هنا المعنى : الشيخ محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ص ٦ ط دار الفكر العربى .

د/ محمد زكريا الوردى ، أصول الفقه ص ٢٢ الطبعة الثالثة ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م الناشر دار النهضة العربية .

المبحث الأول

أصل العلم بالمبيع في القانون المدني

١٤- تمهيد :

مما لا شك فيه أن نظام العلم بالمبيع لم يولد حديثا على إثر التقدم الصناعي والتكنولوجي المعاصر . بل إنه كان معروفا لدى القوانين القديمة ، كالقانون اليوناني والقانون الروماني ، وقد كانت أحكامه منتشرة في قوانين قديمة مختلفة .

إلا أن هذا النظام قد تطور بدرجة كبيرة في الوقت المعاصر ، تبعاً للتقدم التقني وضيوع المخاطر ، وما صاحبه من اختلال ظاهر في المراكز العقدية . بحيث أصبح أحد أطراف العقد في مركز أقوى من حيث العلم والمعرفة .

وسنقتصر على استعراض أحكام هذا النظام في القوانين الرومانية القديمة ، والتي كانت أصلاً لكثير من القوانين الأوروبية الحديثة وعلى رأسها القانون الفرنسي .

١٥- أحكام العلم بالمبيع في القانون الروماني :

كانت القوانين الرومانية القديمة - كقانون الألواح الإثني عشر *la loi des Douze tables* ، وقانون جستنيان *le droit de justinien* ، فضلا عن المراسيم الصادرة من حكام المدن الرومانية ومحتسبيها - تفرض التزامات بالإعلام والضمن على عاتق البائع لصالح المشتري^(١).

(1) RAYMOND (Monier), Manuel de droit ROMAIN, les obligations 5e éd, DOMAT Montcherstien. 1954. n°s 123 et s, pp. 158 et s.
OURLIAC (p) et DEMALA FOSSE (J) histor du droit privé, P.U.F 2e, éd, 1967. T. 1, n°s 253 et s, pp 278 et s.

فقاتون الألواح الإثنى عشر تطّلب علم المشتري بالوضع القانوني للعقار المبيع ، وأعطى للمشتري الحق في مطالبة البائع بذكر وبيان مواصفات الشيء المبيع في البيان الرسمي *déclaration solennelle* المصاحب لعملية نقل الملكية^(١) .

كما قرر مسئولية البائع عن البيانات الكاذبة المتعلقة بالوضع القانوني للمنزل وملكية الأراضي ، بحيث يكون للمشتري حق رفع دعوى الشراء لو اكتشف أن العقار كان منقلاً بحقوق ارتفاق ، أو أن الأرض المباعة أقل من المساحة المبينة من قبل البائع^(٢) .

وعندما ظهر عقد البيع الرضائي في أواخر عصر الجمهورية الرومانية اعتبر البائع مسئولاً عن عيوب المبيع بغض النظر عن وجود إشهاد أو اشتراط ، في حالتين : الأولى : في حالة إخفاءه عن المشتري بعض العيوب التي كان هو على علم بها . والحالة الثانية : هي حالة عرضه للشيء المبيع بوصفه له ببعض الأوصاف التي لا يتضمنها في الحقيقة . فالبائع بسكوته في الحالة الأولى ، أو بتقريراته الكاذبة في الحالة الثانية يرتكب غشاً يتنافى وحسن النية الواجب توافره لدى المتعاقدين في عقد البيع . فإذا ظهر بالمبيع عيب كان للمشتري الحق في رفع دعوى الشراء على البائع للحصول منه على تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا العيب^(٣) .

وقد ظهر أثناء القرون الأخيرة للعصر الجمهوري التزام على عاتق البائع بالإعلام يستند إلى عيوب الرقيق والحيوانات المباعة . فقد تدخل

^(١) OURLIAC et DE MALAFOSSE, op. Cit, n° 354, p. 279.

^(٢) RAYMOND (Monier), op. Cit, n° 123, p. 158.

^(٣) د. شفيق خجالة ، نظرية الالتزامات لى القانون الرومان . ف ٢٧٣ ص ٢٣٦ ط مطبعى الباني الخليمى القاهرة ١٩٦٣ م ،

د. محمد سلام زلتى . نظم القانون الرومان ص ٢٠٣ - ٢٠٤ ط ١٩٦٦ م دار النهضة العربية .

المحتسبون بوصفهم الحكام المشرفين على الأسواق لتنظيم بعض البيوع التي تنصب على الرقيق les esclaves والحيوانات المنزلية les animaux domestiques ، وذلك رغبة منهم في حماية المواطنين الرومان من الأساليب الاحتيالية للتجار الأجانب . فالزموا التجار بأن يدلوا لعمالهم بالبيانات الخاصة بالمبيع ، وأن يكشفوا عن عيوبه^(١) .

وقد اعتمد المحتسبون في تدخلهم على مبدأ مقتضاه افتراض معرفة البائع ما يبيع وعلمه بما فيه من عيوب . ولذلك يجب على البائع إعلان عيوب المبيع والكشف عنها للمشتري ، ويتم ذلك إما بإعلائها شفاهة بصوت مرتفع ، وإما بتدوينها كتابة في لوحة تعلق في رقبة الرقيق أو الحيوان^(٢) .

وقد قرر المحتسبون مسؤولية البائع عن العيوب التي لم يبينها ، مع إعفاء المشتري من عبء الإثبات ، لافتراض سوء نية البائع^(٣) . أما قانون جستنيان فقد طبق القواعد التي وضعها المحتسبون على البيوع جميعا أيا كان محلها أو مكان انعقادها^(٤) .

وقد افترض قانون جستنيان خطأ البائع (ولو كان حسن النية ، لعدم علمه بالشئ الذي يبيعه) إذا قام بتسليم شئ ينطوي على بعض العيوب المجهولة للمشتري . أو أنه لا يحوى الصفات المشار إليها عند إبرام العقد^(٥) . ومن ثم تترتب مسؤوليته .

^(١) RAYMOND (Monier), op. Cit, n° 124 p 159.

^(٢) OURLIAC et DEMALA FOSSE, op cit, n° 255 pp. 279 et 280.

^(٣) (RAYMOND (Monier), op. Cit, n° 124, p. 159.

^(٤) د. محمد سلام زكالي . المرجع السابق ص ٢٠٥ .

^(٥) RAYMOND (Monier), op. Cit, n° 123, p. 158.

د. شفيق شحاته المرجع السابق ف ٢٧٤ ص ٢٣٧ .

والبائع وإن كان مسئولاً عن الغش وتدليس العيوب بطريق كتمانها عن المشتري ، أو إدلائه ببيانات كاذبة . إلا أنه لا يعاقب على المهارة المفرطة للإعلان (أى المبالغة فيه)^(١) .

١٦- أحكام العلم بالمبيع في القوانين الحديثة :

إذا كان نظام العلم بالمبيع قد اقتصر في بداية ظهوره ، فى القوانين القديمة على معالجة حالات تدليس العيوب بكتمانها ، وذلك فى أكثر أحكامه ، لأن تجارة الرقيق والحيوانات المنزلية كانت أكثر المبيعات انتشاراً ، وكان يقع التدليس كثيراً عند بيعها بكتمان عيوبها أو وصفها بصفات ليست فيها ، ولذلك تطلبت القوانين الرومانية توافر العلم لدى المشتري بحقيقة المبيع ، وألزمت البائع بالكشف عن عيوب المبيع وإعلام المشتري بها ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى فسخ العقد واسترداد الثمن .

إلا أن هذا النظام قد تطور بدرجة كبيرة فى الوقت المعاصر ، مع تقدم الصناعة واستحداث العديد من المنتجات ذات التقنية العالية ، والتركيبات الدقيقة والمعقدة ، والتي قد تحوى صفات خطرة تضر بمستخدميها .

وحرصاً على حماية المستهلكين ، اجتهد القضاء والفقه ونهضت التشريعات مساندة لهما فى ترسيخ أحكام هذا النظام .

فالقانون المدنى المصرى الجديد كرس أحكام هذا النظام بنصه فى المادة (٤١٩) على أنه : "١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . ٢- وإذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع" . إلا أنه يجب التنبيه على أن القانون المدنى المصرى لم ينقل أحكام هذا النظام عن القانون الرومانى أو غيره من القوانين القديمة

^(١) OURLIAC et DE MALAFOSSE, op. Cit, n° 255, p 280.

أو الأوربية الحديثة . بل اقتبس أحكام هذا النظام من أحكام الشريعة الإسلامية فيما يعرف بنظام خيار الرؤية . حيث أن المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري الجديد ، كانت تلخص خمسة نصوص في التقنين المدني السابق هي المواد من (٢٤٩ إلى ٢٥٣) والتي كانت مأخوذة بدورها من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية .

وقد حاول التقنين المدني المصري الحالي بالمادة ٤١٩ التوفيق بين أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ، وبين المبادئ العامة في القانون المدني ، وهي لا تشترط رؤية المبيع بل تقتصر على اشتراط أن يكون معينا تعيينا كافيا^(١) .

والقانون المدني الفرنسي الذي بلغ درجة كبيرة من التطور في الوقت المعاصر ، بفضل مجهودات القضاء والفقه الفرنسيين ، حرص على توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك بتحويله الحق في العلم بالمبيع وفرض التزاما على عاتق البائع بإعلامه إذا لم يستطع الاستعلام عن المبيع من تلقاء نفسه وخاصة إذا كان هذا المستهلك مشتريا عاديا قليل الخبرة والدراسة ، وكان البائع منتجا مهنيا متخصص^(٢) . وذلك تحقيقا للتوازن بين طرفي العقد في العلم والمعرفة .

ومما هو جدير بالذكر أن هذا التطور الذي بلغه القانون الفرنسي في الوقت الحالي بتكريسه للالتزام بالإعلام على عاتق البائع لصالح المشتري ، توجد جذوره في القانون الروماني القديم الذي عالج ظاهرة تدليس العيوب بكتمانها ، عن طريق فرض التزام على عاتق البائع بإظهارها وإعلام المشتري بها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جـ ٤ ص ١٨-١٩ .

(٢) (philippe) MALAURIE et (laurent) AYNÈS. Cours de droit civil T, V1, les obligations 7e éd, CUJAS. 1997, n° 634, pp. 364 et 365. Et les contrats speciaux, civils et commerciaux, op. Cit, n° 309, pp. 211 et 212.

وهي نفس الفكرة التي أقام عليها القضاء الفرنسي الحديث العود من أحكامه ، حيث ألقى على عاتق البائع التزاماً بإعلام المشتري ، مقررراً بطلان العقد في بعض الحالات عند الإخلال بهذا الالتزام استناداً إلى التذليل بطريق الكتمان^(١).

حيث إن الكتمان التكملي يسمى بسبب بطلان العقد ، متى اصطحب بنية تضليل شخص ما لدفعه إلى التعاقد^(٢).

غير أن تطور الحياة الحديثة أدى إلى اتساع مضمون هذا الالتزام ، فلم يعد الأمر مقتصرًا على الإعلام بعيوب المبيع . بل يجب إحاطة المشتري علماً بكافة المعلومات اللازمة عن حقيقة الشيء المبيع والتي تؤدي إلى تنوير إرادته ، وحمايته ضد مخاطر المبيعات المادية والجسدية .

وقد استخدم القضاء الفرنسي في كافة درجاته ، ألفاظاً متعددة متقاربة في مضمونها في التعبير عن هذا الالتزام . ومن هذه الألفاظ : إعلام Renseignement ، ونصيحة Conseil ، وتحذير mise en garde ، ولفت أو حث الانتباه attirer l'attention ، والتنبيه avertir فضلاً عن لفظ information ، بمعنى الإعلام والإخبار ، والذي تستخدمه كذلك التشريعات الخاصة بحماية وإعلام المستهلك .

وقد أدى استخدام هذه الألفاظ المتعددة من قبل القضاء الفرنسي في التعبير عن الالتزام بالإعلام إلى إثارة الجدل في الفقه الفرنسي وظهور الاختلافات حول حقيقة هذه الألفاظ ، ومدى اختلاف حقيقة الالتزام بالإعلام باختلاف هذه المسميات وتنوعها .

^(١) cass 3e civ, 20 déce, 1995, Bull. civ, III, n° 268 p179.

cass 1er civ, 12 nov, 1987, Bull. civ. 1. n° 293 p211

- cass 3e civ, 7mai 1974, Bull. Civ, III n° 186 p140

^(٢) MALAURIE (Ph), AYNES (L) op. Cit, t. VI, les obligations, n° 415, p.241

وتتبع ذلك ظهور تباين واضح في الفقه القانوني المصري في التعبير عن هذا الالتزام بمسميات مختلفة منها : (الإدلاء والإعلام ، والإقضاء ، والإخبار ، والتبصير ، والتحذير ، والنصحية) .

وأرى أن هذه الاختلافات نظرية لا يترتب على الخوض فيها عظيم أثر . لأن هذه المصطلحات تتداخل فيما بينها ، بحيث يقترب بعضها من البعض الآخر . كما أنها تشتمل على نفس المضمون وهو : الإدلاء ببيانات معينة تهم الطرف الآخر ، وتهدف إلى تحقيق نفس الغاية وهي : تنوير إرادة المشتري لاختيار المبيع الذي يتناسب وحاجته ، وتبصيره حول أفضل استخدام للمبيع للحصول على منفعته وتجنب أضراره .

ويؤكد ذلك ما درج عليه القضاء الفرنسي - والذي كان له قصب المسبق في إبراز وترسيخ هذا الالتزام على عاتق البائع المهني لمصلحة المشتري العادي - باستخدامه لهذه الألفاظ في نفس الوقت ، وبدون التفرقة بينها ، حتى إن محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها قالت صراحة^(١) : "إنه يرجع إلى البائع المهني لمادة مشترة بواسطة مشتر جاهر بحقيقتها Profane ، أن ينصحه وأن يعلمه ، وبصفة خاصة بأن يلفت انتباهه إلى العقوبات المرتبطة بجودة المادة التي اختارها العميل ، وكذلك على الاحتياطات التي يجب أخذها في التنفيذ ، مع الأخذ في الاعتبار الاستخدام المخصص له تلك المادة" .

ويلاحظ أن المحكمة استخدمت النصيحة قبل الإعلام ، كما تشددت في طلب لفت الانتباه باستخدامها للظرف "notamment" أي بصفة خاصة

(1) il appartient au Vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et, notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, Compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné." Cass 1er civ, 27, Fév, 1985. Bull Civ, 1, n° 82, p.75., et, cass 1er ch civ, 3 juillet 1985, Bull, civ, 1985, 1, n° 211, p. 191.

وهي بصدد علاقة بيع تمت بين بائع مهني متخصص في بيع الأسطح
القرميدية ، ومشتري جاهل بحقيقة المبيع وهو دكتور بيطري ، كان قد
اشترى السطح القرميدي بهدف تشييد منزل وهذا يؤكد أنه الالتزام واحد
بالإعلام وإن اختلفت مسمياته .

ولكن هذا الالتزام قد يختلف نطاقه وتنوع درجاته من حيث الشدة
والصرامة ، تبعاً لتخصص المتعاقدين ، ووفقاً لطبيعة الأشياء المبيعة .
ويبدو أن هذا هو الذي أثار اللبس لدى بعض الفقهاء القانونيين بتوهم
اختلاف حقيقة هذا الالتزام ، وتعدد وجوهه .

المبحث الثاني

أصل العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

١٧- تمهيد :

يزخر الفقه الإسلامي بالقواعد والمبادئ والنظريات العامة التي كان لها عظيم الأثر في إقامة بنيانه وترسيخ أحكامه . فضلا عن تطبيقاته الوفيرة ومسائلة المتعددة .

ومن أهم هذه القواعد والمبادئ وتلك النظريات :
نظرية الغرر والجهالة ، ونظرية الخيارات ، ومبدأ الرضا في العقود .
وتعتبر هذه القواعد والمبادئ وتلك النظريات بمثابة الأصول التي قامت عليها أحكام العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي .
ونبين فيما يلي بشيء من الإيجاز حقيقة كل من :
نظرية الغرر والجهالة ، ومبدأ الرضا في العقود ، ونظرية الخيارات .

١٨- أولا : نظرية الغرر والجهالة :

- تعريف الغرر في اللغة : غره يغرر غرورا . والاسم الغرر ، والغرر هو الخطر والخديعة . يقال : غرته الدنيا غرورا من باب قعد ، أي خدعته بزينتها فهو غرور^(١) .

- تعريف الغرر في اصطلاح الفقه الإسلامي :

- ورد للغرر تعريفات متعددة في الفقه الإسلامي .

(١) لسان العرب لابن منظور ج٥ ص ٣٢٣٢ ، ط دار المعارف ، للمصباح المنير للفيومي ، مادة "غرر" ج٢ ص

٤٤٥ ط ، المكتبة العلمية بيروت - لبنان .

فعرفه الأحناف بأنه : ما يكون مستور العاقبة^(١) .
وعند المالكية : الغرر هو : التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني
على خلافه^(٢) .
وعند الشافعية الغرر هو : ما اتطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته^(٣) .
وعند الحنابلة أنه : ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر^(٤) .
وعند الظاهرية الغرر هو : ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد^(٥) .
وهذه التعريفات التي ذكرها الفقهاء للغرر كلها متقاربة ففى المعنى ، وإن
اختلفت ألفاظها ، فهي مجمعة على أن الغرر هو عقد اشتمل على الخطر
وذلك للجهل بحصول المعقود عليه أو بمقداره أو بصفاته^(٦) .

١٩- الفرق بين الغرر والتغريب أو الغرور :

الغرر بالمعنى السابق يختلف عن التغريب أو الغرور . فالتغريب فى الشرع
يقصد به : إغواء العاقد وخديعته لياخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه أخذ
بأقل من قيمته ، أو أن به فوائد كثيرة اشتراه من أجلها ، بينما الواقع
غير ذلك^(٧) .

(١) المبسوط للعلامة السرخسى جـ ١٢ ص ١٩٤ الطبعة الأولى مطبعة السعادة .

(٢) حاشية التسولى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٥٥ .

(٣) المهلب للإمام الشيرازى جـ ١ ص ٢٦٢ ط عيسى البابى الحلبي .

(٤) شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٤٥ .

(٥) إعلنى للعلامة ابن حزم الظاهري جـ ٩ ص ٣٧٢ ط ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م مكتبة الجمهورية العربية .

(٦) د. رمضان حافظ . نظرية الغرر فى عقد البيع ص ٣٨ بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون ، القاهرة . العدد

الثالث ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

(٧) د. محمد سلام مذكور تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره ونظريته للأموال والمقود ف ٢٦٤ ص ٥١٦ الطبعة
الثانية ١٩٥٩ م مكتبة النهضة المصرية .

ويلاحظ أن الغرور والتغيير والتدليس معانها الاصطلاحى واحد^(١) فتكل خديعة أو خيانة تصدر من العاقد أو بمواطأة منه ضد العاقد الآخر تسمى تدليسا أو تغريرا على حد سواء ، وسواء كانت هذه الخديعة بالفعل أو بالقول أو حتى بمجرد الكتمان^(٢) .

أما الغرر فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين إذ أن كلا منهما يكون جاهلا بحقيقة الأمر فى عقد الغرر^(٣).

والغرر يتحقق نتيجة تخلف شرط من شروط المعقود عليه يؤدي إلى الجهالة بحقيقة الأمر بالنسبة لطرفى العقد . فهو أمر ذاتى قائم فى محل العقد ، يؤدي إلى بطلان العقد ، وعدم صحته . لأن المنع من الغرر حق لله تعالى ، يرجع إلى فكرة النظام العام الإسلامى^(٤).

أما فى حالة التغيير والغرور والتدليس ، فإن شروط المعقود عليه تكون متوافرة . إلا أن المتعاقد (المدلس عليه) يكون رضاؤه بالتعاقد غير صحيح نتيجة صدوره تحت تأثير الخديعة والحيلة والخلافة ، التى مارسها الطرف الآخر بالقول أو الفعل لحثه ودفعه إلى التعاقد . ومن ثم فالتغيير أمر خارجي يحصل بالتلبيس على المتعاقد ، فيخدش لزوم العقد ، وينشأ بسببه للمضرور خيار بين الإمساك والرد^(٥).

(١) د. الصديق محمد الأمين الضير . الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ص ٣٥ هامش (٢) رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .

(٢) د. محمد حلمى عيسى التدليس وأثره فى عقود المعاوضات رسالة دكتوراه ص ١٠٣-١٠٤ كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٩٨٧م .

(٣) د. الصديق محمد الأمين الضير . الرسالة السابقة ص ٣٥ .

(٤) د. الصديق محمد الأمين الضير . الرسالة السابقة ص ٣٥ ، د. عبد الستار عبد الكريم أبو غنم . اختيارات وأثرها فى التصرفات رسالة دكتوراه ص ٤٦٠ كلية الشريعة والقانون . الأزهر ١٩٧٥م .

(٥) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غنم الرسالة السابقة ص ٤٦٠-٤٦١ .

٢٠- حكم بيع الغرر :

البيع الذى فيه غرر كثير محرم شرعا وقد ثبتت حرمة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ، فقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)^(١) .

وجه الدلالة : أن بيع الغرر فيه أخذ مال الغير ظلما ، وهو نوع من الباطل الذى نهانا الله تبارك وتعالى عنه .

ومن السنة : ما رواه أبى هريرة رضى الله عنه قال : "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وبيع الغرر"^(٢) .

أما الإجماع : فقد أجمع العلماء على حرمة بيع الغرر فى الجملة بشرط أن يكون الغرر كثيرا . وعلة حرمة : ما فيه من أكل أموال الناس بالباطل ولما يؤدى إليه من النزاع بين المتعاقدين ، وقيل لعدم القدرة على تسليمه^(٣) .

ويمتنع من ذلك الغرر اليسير فإنه يكون مفتقرا ويكون البيع معه صحيحا .

والغرر اليسير هو ما يتسامح فى مثله عادة إما لحقارته وإما للمشقة فى تمييزه وتعيينه ، وهو ما تدعو إليه الضرورة والحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، فيفتقر مثل هذا الغرر اليسير رفعا للخرج عن المتبايعين^(٤) .

^(١) سورة البقرة الآية رقم (١٨٨) .

^(٢) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٠ ص ٢١٩-٢٢٠ ط. ثانية ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م مؤسسة قرطبة .

^(٣) حاشية الشيخ على العنود على شرح العلامة الخرشى جـ ٣ ص ٣٨٦-٣٨٧ الطبعة الأولى ، القاهرة الشرفية ، ١٣١٦هـ .

^(٤) لب الأوطار للعلامة الشوكاني جـ ٥ ص ١٤٨ ط. مكتبة دار التراث . بدون . مواهب الجليل للعلامة الخطيب والتاج والإكليل للعلامة المواقى جـ ٤ ص ٣٦٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهاء للعلامة ابن عزمى ص ٢٦٨-٢٦٩ ط. عالم الفكر ١٢٩٤هـ - ١٣٤٠م ، فتاوى العلامة ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٨٧ ط دار المنار ، المقدمات المهتد للعلامة ابن رشد الجـ ٢ ص ٥٥٠-٥٥٣ الطبعة الأولى مطبعة السعادة دار صادر ، بيروت .

٣١- أنواع الجهالة وأثرها على حكم العقد :

يقسم الفقه الإسلامي الجهالة إلى قسمين : جهالة فاحضة ، و جهالة يسيرة.

فالجهالة الفاحضة : هي التي تنفضى إلى الشقاق والنزاع بحسب الغالب من أحوال الناس . كما في بيع شاة من قطيع ، ولذلك رتب عليها الشريعة الإسلامية أثرا في صحة البيع أو بطلانه بحيث يعتبر العقد مع الجهالة الفاحضة فاسدا أو باطلا . ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية تقوم على منع أسباب للنزاع .

فلبيع لم يشرع إلا كوسيلة لتبادل الأموال بالتراضي لا بالنزاع والتراضي في البيع لا يتطرق إلا بمعلوم . كما أن الجهالة الفاحضة يتعذر معها تسليم المبيع لتعذر معرفته ، أو للنزاع فيه فلا يحصل مقصود البيع معها . أما الجهالة اليسيرة فلا يترتب عليها بطلان البيع أو فساده ، لأنها ترتفع عند الرؤية ، ولا تنفضى إلى النزاع لثبوت خيال الرؤية عند عدم الرضا التام بمحل العقد ، وذلك كما إذا باعه ما في داره من الحبوب فإن البيع في هذه الحالة صحيح وللمشتري خيار الرؤية^(١) .

٣٢- الفرق بين الغرر والجهالة :

فرق العلامة القرأفي^(٢) بين الغرر والجهالة ، فالغرر عنده هو الذي لا يرى هل يحصل أم لا . كالطير في الهواء والسمك في الماء ، فهو غرر لأنه لا يرى هل يحصل عليه المشتري أم لا . والمجهول هو : ما

^(١) الشيخ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات المرجع السابق ص ١٦٢-١٦٣ .

^(٢) العلامة القرأفي هو : الإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله المصري المالكي ، الملقب بشهاب الدين المكِّي بابي العباس كان رحمه الله إماما علما جليل القدر ، انتهت إليه رئاسة المالكية في عصره ، من مصنفاته كتاب الأخيرة في الفقه والفروق وغير ذلك . تولى رحمه الله سنة ٦٨٤هـ بمصر القديمة . (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص ١٨٨-١٨٩ ط . دار الكتب العربي - بيروت) .

علم حصوله وجهلت صفته . كبيع الإنسان ما فى كنهه ، ففيه جهالة لأن المشتري يحصل على شيء قطعا ، ولكنه لا يدري ما صفة ذلك الشيء فى الحالتين يكون المشتري غير عالم بالمبيع . ولكن إذا كان عدم العلم راجعا إلى حصول الشيء أو عدم حصوله فهو الغرر ، وإن كان راجعا إلى صفة الشيء فقط فهو المجهول.

ومع ذلك فبين الغرر والمجهول عموم وخصوص وجهي ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة ، كشراء العبد الآبق المعلوم الصفة قبل الإباق فهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا ، ولا جهالة فيه لأن صفته معلومة قبل الإباق . وقد توجد الجهالة بدون الغرر ، كشراء حجر يراه المشتري ولا يدري أحتاج هو أم يافوت ، ففي هذا البيع جهالة لعدم العلم بصفة الحجر ، ولا غرر فيه لأن مشاهدة المبيع تقتضى القطع بحصوله . وقد يجتمع الغرر والجهالة كما فى بيع العبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق^(١) .

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الغرر أعم من الجهالة ، فكل مجهول غرر وليس كل غرر مجهولا ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة ، كما فى شراء العبد الآبق المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر^(٢) .
والحقيقة أن هناك ارتباطا وثيقا بين الغرر والجهالة ففى البيع ، حيث يوجد الغرر بوجود الجهالة وينتفى بالتفاتها .

^(١) الفرق للعلامة القزالي ج٣ ص ٢٦٥ ومعه قذاف الفرق ج٣ ص ٢٧١ ط : دار المرفعة للطباعة والنشر بيروت - لبنان .

^(٢) د. الصديق محمد الأمين الضير الغرر وأثره فى العقود الرسالة السابقة ص ٣٩ .

وفى هذا يقول العلامة ابن رشد الحفيد^(١) : "والفرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع ، أو بقدره أو بأجله إن كان هناك أجل ، وإما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه" ويقول فى موضع آخر : "والفرر ينتفى عن الثمن بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة ، معلوم القدر ، مقدورا على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن ، معلوم الأجل أيضاً إن كان بيعا مؤجلا"^(٢). ومن البيوع المنهى عنها للفرر والجهالة بيع المعقود كالثمن الذى لم تخلق ، وبيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمناذرة .

ويرتب على ما سبق أنه يشترط العلم بالمبيع علما كافيا يمنع النزاع وينفى الجهالة والفرر ، ويكون أصلا للرضا الذى يصدر من المتعاقدين .

وبحيث يكون البيع الذى تخلف فيه شرط العلم بالمبيع - بما يؤدى إلى الجهالة والفرر - من البيوع المنهى عنها ، وإذا وقع يكون فاسدا أو باطلا . والنهى عن البيع الذى فيه غرر أو جهالة فاحضة ، من حق الله الذى لا يصح للمتعاقدين إسقاطه بتراضيهما .

وإذا سلم المبيع من الجهالة والفرر كان البيع صحيحا ، ولكنه لا يكون لازما إلا إذا كان رضا المشتري به تاما ، وهذا ما نبينه فيما يلى من خلال مبدأ الرضا فى العقود .

^(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام العلامة ابن رشد الحفيد ج٢ ص ١١١ ، والعلامة ابن رشد هر : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد ، من أهل قرطبة وقاضى الجماعة فيها يكنى أبا الوليد . درس الفقه والأصول وعلم الكلام ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جبرول ، وعنى بالعلم من صفه إلى كبره ، ولم يتشأ بالأندلس مطلقا كمالا وعلميا وفضلا . له مؤلفات كسيرة منها بداية المجتهد ونهاية المقتصد فى الفقه ، والكليات فى الطب ، وعنصر المصطفى فى الأصول تولى رحمه الله سنة ٥٩٥ هـ . مراجع : الدياج الملعب ص ٢٨٤ .

^(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص ١٢٩ .

٢٣- ثانياً : مبحثاً الرضا في العقود :

الرضا في اللغة : مصدر محض معناه طيب النفس وارتياحها ، أو الاختيار . وفي ذلك يقول ابن الأثير : "الرضا صفة نفسية قائمة بالقلب". ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية^(١) .

الرضا في اصطلاح الفقهاء :

عرف فقهاء الحنفية الرضا بأنه : إيثار الشيء واستحسانه^(٢) . وعرفه جمهور الفقهاء بأنه : القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه على أن يأتي به اختياراً^(٣) .

وبذلك يكون الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى بالرضا عند الجمهور وإن لم يظهر أثر سروره ، أو لم يكن قصده متجهاً إلى ما هو أحسن وأفضل في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا بعد أن يظهر أثر سروره على وجهه. أو أن يكون مستحسناً ومفضلاً عنده^(٤) .

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الرضا بأنه : ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه^(٥) .

^(١) لسان العرب لابن منظور جـ ٣ ص ١٦٦٣ .

^(٢) رد مختار للعلامة ابن عابدين جـ ٤ ص ٧ ، التلويح على التوضيح للفتاوى جـ ٢ ص ١٩٥ ط مطبعة محمد علي صبيح .

^(٣) الإنصاف في معرفة الرابع من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للعلامة الرادوي جـ ٤ ص ٢٦٥

مكتبة ابن تيمية ، والطبعة الثانية لديار إحياء التراث العربي ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

^(٤) د. علي محي الدين علي القره داغي مبدأ الرضا في العقود . دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون رسالة

دكتوراه ص ١٩٧ ، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

^(٥) د. محمد سلام مذكور . للدخل للفقه الإسلامي ص ٥٦٣ الطبعة الرابعة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م ، دار النهضة العربية .

ومن ثم يتحقق للرضا لدى المشتري إذا رغب في شراء شيء معين عن إرادة واختيار حر ، وقصد إلى تملك هذا الشيء ، وظاهر إيثاره واستحصانه له ، لكونه يحقق غرضه من الشراء .

ويعتبر الرضا الدعامة الكبرى التي يقوم عليها عقد البيع ، بل وسائر العقود . ويحدث يمكن القول أن الرضا هو أساس التعاقد وأصله .

٣٤- الأصل المخرجي للرضا ،

يستدل على ضرورة توافر الرضا في التعاقد بالكتاب والسنة .

أما الكتاب . فقوله تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ^(١) .

وجه الدلالة : ينهى الله تبارك وتعالى عباده المؤمنين عن أكل مال بعضهم البعض بغير حق ، أو تعاطي الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال كالربا والقمار والغرر . وإنما أجاز لهم تبادل الأموال عن طريق التجارة المشروعة ، التي تكون عن تراض من البائع والمشتري .

والتراضي في الآية يتحقق برضاء كل من البائع والمشتري . وفي ذلك يقول علماء التفسير بصدد تفسير قوله تعالى : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) . أن التجارة عن تراض جاءت من التفاعل ، إذ التجارة بين اثنين ، أي عن رضاء كل منهما . فالتراضي حقيقة في المشاركة لأنه مصدر باب التفاعل الذي هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين في الفعل ^(٢) .

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير المجلد الأول ، الجزء الأول ص ٤٧٩ ط . دار الفكر العربي . جامع البيان للطباعة ج ٤ ص ٣١ و ٣٢ ط . ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م دار الفكر . الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ١٧٢٣ ط . دار الشعب والريان للتراث ، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٠٧ - ٤١٠ ط . عيسى البابي الحلبي . بتحقيق محمد علي الجبوري .

وأما من السنة المطهرة : فيدل على ضرورة توافر الرضاء الحديث الشريف الذى رواه أبو سعيد الخدرى^(١) رضى الله عنه ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "إما البيع عن تراض"^(٢) .

وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه"^(٣) .

وجه الدلالة من الحديثين : يستفاد من الحديث الأول أن البيع لا ينعقد ولا يقوم أصلا إلا إذا توافر التراضى من كلا المتبايعين .

ويدل الحديث الثانى على أنه لا يجوز أخذ مال المسلم بطريق التجارة أو بغيرها من طرق انتقال الأموال ، إلا برضاء صاحب المال .

ولا شك أن البيع الذى لا يعلم فيه المشتري بالشئ المبيع لا يتوافر فيه التراضى المطلوب شرعا ، لأن الرضا بالشئ مع الجهل به لا يتصور .

ومن ثم فإن علم المشتري بالمبيع علما كافيا يوفر عامل الرضا ، الذى هو الدعامة الكبرى التى يقوم عليها عقد البيع . وتختلف العلم بالمبيع يؤدي إلى اختلال الرضا ، ومن ثم تقويض العقد من أصله .

ولا يكتفى الفقه الإسلامى بتوافر أصل الرضا فى العقد ، بل يستلزم أن يكون الرضا تاما وكاملا ، ومن أجل ذلك شرعت الخيارات .

(١) أبو سعيد الخدرى هو : سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن عمير بن عبيد بن الأبرج بن الحارث بن الحنجر الأنصارى ، أبو سعيد الخدرى مشهور بكنية ، استصر يوم أحد ، واستشهد أبوه ١٤ ، وغزا بعد ذلك اتسقى عشرة غزوه ، كان رحمه الله من أفاضل الصحابة ، حفظ حديثا كثيرا وكان من أنقى أحداث الصحابة وضربان الله عليهم اختلف فى سنة ولاته ، فقال الواقدي وابن غير وابن بكير مات سنة ٧٤ هـ وقيل مات سنة ٦٤ هـ . وهو ابن ٧٤ ، وقيل سنة ٦٣ هـ ، وقيل سنة ٦٥ هـ . واجمع الإصابة فى تمييز الصحابة ، لابن حجر الملقب بـ ٢٥ ص ٣٥ ط. أولى ١٣٢٨ هـ .

(٢) الإحسان فى تقريب صحيح ابن حبان ج ١١ ص ٣٤٠ و ٣٤١ ، مؤسسة الرسالة ط أولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.

(٣) مسند الإمام أحمد ج ٥ ص ٧٢ ط المينة ، سنن الدارلقط ج ٣ ص ٢٦ .

وهذا ما نبينه فيما يلي :

٢٥-ثالثاً : نظرية الخيارية :

تعريف الخيار فى اللغة : هو اسم مصدر من الاختيار ، وهو الاصطفاء والانتقاء . يقال : خيرته بين الأمرين أى فوضت إليه الخيار ، وأنت بالخيار وبالمختار سواء ، أى اختر ما شئت^(١) .

تعريف الخيار فى الشرع : هو حق العاقد فى فسخ العقد أو إمضائه ، لظهور مسوغ شرعى ، أو بمقتضى اتفاق عقدى^(٢) .

حكمة مشروعية الخيارية :

شرعت الخيارات لتحقيق كمال الرضا بين المتعاقدين ، والتأكد من سلامته وابتثائه على أساس صحيح . وذلك إمعاناً فى تمحيص الإرادتين ، وتنقية عنصر التراضى من الشوائب توصلاً إلى دفع الضرر عن العاقد ، أو جلب النفع له ، وتحقيقاً للتوازن العقدى ، بعد تعرضه للاختلال^(٣) .

وقد يكون المتعاقد قليل الخبرة فى التعامل ، أو فى خصوص السلعة التى يقدم على شرائها ، بحيث لا يستطيع الوقوف على حقيقتها وتقدير مدى ملائمتها لحاجته فى الشراء من مجرد المعاينة لها . بل يحتاج إلى التروى واستشارة أهل الخبرة ، أو اختبار المبيع بتجربته للتحقق من ملائمته وصلاحيته للغرض المقصود ، فيتحقق ذلك عن طريق إعطائه الحق فى اشتراط الخيار ، لتحقيق حاجته فى المشورة والاختبار . وهذا ما يسمى بخيار الشرط .

(١) لسان العرب جـ ٢ ص ١٢٩٩-١٣٠٠ ، القاموس المحيط للفيروز آبادى ص ٤٩٧ مادة "خير" باب الماء فصل

الحاء، الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(٢) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غده ، الخيارات وأنواعها فى التصرفات ، الرسالة السابقة ص ٣ .

(٣) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غده ، الرسالة السابقة ص ١٧-١٩ .

وقد بين ذلك العلامة ابن رشد الجذ بقوله : "علة في إجازة البيع على الخيار هي حاجة الناس إلى المشورة فيه أو الاختيار"^(١) .

وقد يشتري شخص شيئا معينا ولكنه لم يره وقت التعاقد لضرورة دعتة إلى ذلك ، فلما رآه وجده غير ملائم لحاجته في الشراء على خلاف ما كان يتوقعه منه ، فيكون حينئذ رضاه غير تام ، والرضا التام ، هو أساس صحة العقود ولزومها ، ولذلك جعل له الشارع خيار الرؤية بصفة عامة إذا لم يكن قد رأى المعقود عليه عند العقد ، تعويضا لاختلال الرضاء ورفع الضرر عن المتعاقد^(٢) .

وقد يجد المشتري الشيء المبيع معيبا ، أو فاسدا للصفات المقصودة والمشرطة عند التعاقد على نحو يخل بالفرض من شراؤه . وما رضى به المشتري إلا سالما ، يحوى الشروط والمواصفات التي تشبع حاجته في الشراء . ولذلك جعل له الشارع خيار العيب وخيار فوات الوصف رفعا للضرر عنه . بل قد يكون البائع قد باشر وسائل التدليس والخديعة بالقول أو الفعل لإيهام المشتري بسلامة المبيع ، وتحقيقه للفرض من الشراء - على خلاف الحقيقة - مما دفع المشتري بقبول التعاقد تحت تأثير الخش والخديعة ، فقرر له الشارع خيار التدليس .

وغير ذلك من الأمور الكثيرة ، والحكم الجليلة التي شرعت من أجلها الخيارات تحقيقا لمصالح العباد .

وقد شرعت الخيارات على خلاف مقتضى العقود ، لأن الأصل في العقد أن يكون لازما لا خيار فيه ، ضمانا لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس^(٣) .

(١) المقدمة المهداة للعلامة ابن رشد الجد ج٢ ص ٥٥٧-٥٥٩ .

(٢) د. عبد المجيد محمود مطلوب خيار الرؤية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتفانوق الوضعى . ص ٤٨٤ -

٤٨٦ بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية . العدد الأول السنة الثامنة عشر يناير ١٩٧٦ م .

(٣) د. عبد المجيد محمود مطلوب ، البحث السابق ص ٤٨٤ .

٢٦- تقسيم الخيار ،

ينقسم الخيار إلى أقسام عديدة - سنتنصر على بيان نوعين فقط من هذه الأقسام - وفقا لحاجة البحث - أحدهما : تقسيم الخيار بحسب مصدره وطبيعته . والآخر : تقسيم الخيار بحسب غايته .

أولا : تقسيم الخيار بحسب مصدره ،

ينقسم الخيار بحسب مصدره وطبيعته إلى قسمين :

الأول ، خيار حكمي : وهو ما يثبت بحكم الشارع ، دون حاجة إلى اتفاق بين الطرفين أو اشتراط لقيامه . بل ينشأ تلقائيا إذا توافر السبب الشرعي الذي ربط قيامه به ، وتحققت الشروط المطلوبة . ومثاله : خيار العيب وخيار الرؤية .

وقد بين ذلك العلامة الكاساني بقوله^(١) : "وأما الخيار الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية ، لأن الخيار فيه ما ثبت باشتراط العقاقدين ، لأن ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة ، وإنما يثبت شرعا لحكمه فيه" . والخيار الحكمي يستغرق معظم أنواع الخيارات . وقد أثبتته الشارع رعاية لمصلحة العاقد ، المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه^(٢) .

الثاني ، خيار إرادي : وهو الذي ينشأ بإرادة المتعاقدين واتفاقهما على منحه لأحدهما أو كليهما . ومثاله : خيار الشرط . واعتبار إرادة المتعاقدين مصدرا لخيار ما ، ليس المراد أنه يثبت بالرأى المجرد ومطلق الإرادة الشخصية ، بل إن ثبوته هو بالدليل الشرعي (النص أو الاجتهاد) فالشرع هو المسوغ للخيار بنوعيه ، الحكمي والإرادي . إلا أن الخيار الحكمي ثبت ثبوت الأحكام التي يخاطب بها المكلف عند وقوع

(١) بدائع الصانع في ترتيب الشارع للعلامة الكاساني ج-٧ ص ٣٣٦٠-٣٣٧٢ .

(٢) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غدة ، الرسالة السابقة ص ٩ - ١٠ .

سببها منه أو من غيره . أما الخيار الإرادى فقد علق الشارع ثبوته على تلاقى إرادتى العاقدین^(١) .

ثانياً ، تقسيم الخيار بحسب غايته ،

ينقسم الخيار بحسب الغاية التشريعية من تقريره إلى قسمين :

الأول : خيار التروى ،

وهو الذى يخول بمقتضاه العاقد مهلة للتروى والتأمل فى مدى صلاحية محل العقد للغرض المقصود من الشراء . وذلك كما فى خيار الشرط حيث يشترطه العاقد للتروى تحقيقاً لمصلحته . وسبيل العاقد فى الوصول الى ذلك أمران : إما مشورة أهل الخبرة للوقوف على رأى السديد . وإما اختبار المبيع للتأكد من صلاحيته بالتجربة . ولا شك أن فى التروى جلب مصلحة للعاقد المتروى .

الثانى ، خيار النقيصة ،

وهو ما يثبت بغوات أمر مظنون ، تكملة للنقص الحاصل ، ودفعاً للضرر عن المتعاقدين . وذلك كما فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، حيث يظن المشتري أن المبيع سليم وخال من العيوب ، أو أنه يحوى الصفات المقصودة ، فإذا به معيب أو خال من الصفات المشروطة . فيثبت للمشتري الخيار دفعاً للضرر عنه .

والتقسيم السابق للخيار بحسب غايته إلى تروى ونقيصة ، هو ما درج عليه فقهاء المالكية^(٢) .

(١) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غدة الرسالة السابقة ص ١٠-١١ .

(٢) الشرح الكبير للإمام أحمد البردبرج ج ٣ ص ٩١ ، حاشية العلامة العلوى ج ٢ ص ١٤٢-١٤٣ .

أثر الخيار : سلب لزوم العقد :

إذا كان الأصل في العقود هو اللزوم ، فإن ثبوت الخيار يعتبر استثناءً من هذا الأصل ، حيث يخول المتعاقد الذي ثبت له الحق فيه ، سلطة في فسخ العقد أو إمضائه . وبذلك فإن ثبوت حق الخيار يسلب العقد لزومه . ومثال ذلك خيار الرؤية : فإذا ثبت للمشتري لتوافر شروطه فإنه يسترتب عليه أن يجعل عقد البيع غير لازم لمصلحة المشتري ، وعدم اللزوم تعويض لاختلال الرضا عند المشتري الذي لم ير محل العقد وقت التعاقد . لأن اختلال الرضا في البيع يوجب الخيار^(١)

(١) بدائع الصانع للعلامة الكاساني ج ٧ ص ٣٣٩٠ .

القسم الأول أحكام العلم بالمبيع

٣٧- تخصيص :

نتناول في هذا القسم بيان الأحكام العامة لنظام العلم الكافي بالمبيع ، من حيث: التعريف به على وجه تتضح معه ماهيته ومضمونه ببيان المعلومات التي يجب أن يشتمل عليها ، والطبيعة القانونية التي يتميز بها ، ونطاقه الذي يمتد إليه فضلا عن بيان الأسس التي يقوم عليها نظام العلم الكافي والشروط اللازم توافرها لقيامه ، والوسائل التي يمكن أن يتحقق بها ، والجزاء الذي يتقرر عند عدم تحققه .

كل ذلك في ضوء تصورنا لنظام العلم بالمبيع ، باعتباره حقا للمشتري والتزاما يقع على عاتق البائع .

ونبين ذلك في بابين :

الباب الأول : ماهية العلم بالمبيع ومضمونه وطبيعته .

الباب الثاني: أساس العلم بالمبيع ، ووسائل تحققه وجزاء تخلفه .

الباب الأول

ماهية العلم بالمبيع ومضمونه وطبيعته

٢٨ - تقسيم :

نوضح في هذا الباب مفهوم العلم الكافي بالمبيع ، والبيانات والمعلومات التي تمثل مضمونه ، ثم نبين طبيعته القانونية .

وذلك في ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول : ماهية العلم بالمبيع .

الفصل الثاني: مضمون العلم بالمبيع .

الفصل الثالث: الطبيعة القانونية للعلم بالمبيع .

الفصل الأول

ماهية العلم بالمبيع

٢٩- تقسيم ،

نتناول في هذا الفصل بيان مفهوم العلم بالمبيع ، ثم نميز بينه وبين الأحكام العامة لتعيين المبيع .
ونوضح ذلك في مبحثين :
المبحث الأول : التعريف بالعلم بالمبيع .
المبحث الثاني: التميز بين نظام العلم بالمبيع ، والأحكام العامة لتعيين المبيع أو قابليته للتعيين .

المبحث الأول

مفهوم العلم بالمبيع

٣٠- تمهيد وتقسيم ،

نتناول في هذا المبحث التعريف بالعلم الكافي بالمبيع ، وبيان أهميته وذلك في مطلبين على النحو التالي :
المطلب الأول : تعريف العلم بالمبيع .
المطلب الثاني: أهمية العلم بالمبيع .

المطلب الأول

تعريف العلم بالمبيع

٣١- تقسيم :

نتناول في هذا المطلب بيان تعريف العلم بالمبيع في القانون المدني والفقه الإسلامي .

ونوضح ذلك في ثلاثة فروع :

- الفرع الأول : تعريف العلم بالمبيع في القانون المدني .
- الفرع الثاني: تعريف العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي .
- الفرع الثالث: مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي .

الفرع الأول

تعريف العلم بالمبيع في القانون المدني

٣٢- تمهيد :

بداية نشير إلى أن القانون المدني المصري لم يذكر تعريفاً للعلم بالمبيع ، وكل ما هنالك أنه استلزم أن يكون هذا العلم كافياً .

يتضح ذلك من نص المادة (٤١٩) مدني مصري على أنه :

١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيانات المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن تعرفه .

٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

كما هو واضح من نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، أن القسانون المدنى المصرى اقتصر على اشتراط أن يكون العلم بالمبيع كافياً ، ولم يضع تحديداً أو ضابطاً أو معياراً يوضح معنى العلم الكافى . وهذا هو شأن التشريعات التى قلما تعدد بذكر التعريفات ، إذ التعريفات تعتبر من الأعمال التى يعنى بها الفقه .

٣- رأى الفقه الجانونى فى تعريفه العلم بالمبيع :
اجتهد فقهاء القانون المدنى فى وضع تعريف يوضح معنى العلم الكافى بالمبيع ويبين حقيقته ، وانقسموا فى ذلك إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : وقد ذهب إليه معظم فقهاء القانون المدنى المصرى ^(١) . وعرفوا العلم بالمبيع بما يفيد أنه : معرفة ذات المبيع وأوصافه الأساسية التى تبين مدى ملائحته للغرض من شرائه ، ليكون هذا العلم أساساً للرضا ، الذى يصدر عن المشتري .

ويتضح من هذا التعريف ، أنه يجب لكى يتوافر العلم الكافى بالمبيع ، أن يعلم المشتري بذات المبيع وصفاته الأساسية ، بحيث يتوافر لدى المشتري معرفة تامة

^(١) الأستاذ الدكتور / عبد الرشيد مأمون ، عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق ف ٤٠ ص ٥٥ .
د/ جبل الشراوى ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، ف ١٨ ص ٣٨ ط ، ١٩٧٥ الناشر دار النهضة العربية .
د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، محاضرات فى العقود ، الجزء الثانى ، عقد البيع ف ٢٥ ص ٣٦ ط ، ١٩٥٦ م دار الفكر العربى .
د/ أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة لى القانونين المصرى والبلنقى ف ٣٧ ص ٤٣-٤٢ ط ١٩٨٣ م دار النهضة العربية بيروت .
د/ محمد على عمران ود/ السيد عبد نابل ، عقد البيع ف ٣٨ ص ٩٨ ط ١٩٨٧ م القاهرة .
وانظر فى القانون المدنى السابق ، د/ أحمد نجيب الحلالى ، ود/ حامد زكى ، شرح القانون المدنى لى عقود البيع والحالة والمقايضة ف ١٠٦ ص ٨١ الطبعة الثانية ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٩ م .

بحقيقة المبيع ، ويتبين مدى ملائمة لغرضه من الشراء فتستتير إرادته ، بما يجعله يقدم على التعاقد ، وهو على بينة من أمر ما يشتري .
وإذا كانت معرفة ذاتية المبيع أمر تقتضيه القواعد العامة ، لأنه إذا لم يتوافق
كان الرضاء بالشراء معدوماً ، ومن ثم فإن البيع لا يقوم أصلاً^(١) إلا أن ذكره
فى التعريف لا يخلو من فائدة .

ويرجع ذلك إلى أن المبيع قد يكون معيناً فى العقد بما يحدد ذاتيته دون أن
يعلم به المشتري العلم الكافى^(٢) .

ولذلك يجب العلم بذات المبيع كما يجب العلم بصفاته الأساسية ، لأن العلم
بالذات يحقق تواجد أصل الرضاء ، والعلم بالصفات الأساسية ينير الإرادة ، فيأتى
الرضاء تاماً سليماً .

ومثال ذلك : إذا كان المبيع منزلاً ، فإن العلم به عن طريق تعيين ذاته
وتحديد موقعه كذكر اسم الشارع ، ورقم المنزل يكفى لاتخاذ العقد ، إلا أنه لا
يحقق العلم الكافى ، الذى تستتير به إرادة المشتري ، فمثل هذا العلم لا يتحقق
إلا برؤية المشتري للمبيع رؤية فعلية وحقيقية ، وإذا اكتفى البائع بوصفه - كما
يقضى بذلك القاتون على ما سئرى - فيجب أن يتطرق الوصف إلى بيان جميع
العناصر والمواصفات الأساسية بياناتاً دقيقاً ، ومن ثم يجب أن يعلم المشتري
بمساحته ، وبالفرض المخصص له ، ويحدد الطوايق التى يحويها ، وكيفية توزيع
الحجرات فى الطابق الواحد ، والمواد الأساسية التى روعيت فى بنائه ، وقد
يكون ذلك أيضاً بوصف ما يجاوره ، وما يطل عليه ، إلى غير ذلك من الأوصاف
الجوهرية^(٣) .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٢٥ ص ٣٩ .

(٢) د/ حام الدين كامل الأماوى . عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى ف ١٢٢ ص ٨٧ ط ١٩٨٩ .
مطبوعات الجامعة .

د/ عبد الرود مجدى : المرجع السابق ص ٤٩

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق ف ٢٥ ص ٣٩ ،

د/ محمد نصر الدين منصور : العقود المدنية شرح البيع فى القانون المدنى ول الشريعة الإسلامية ص ١٨٦ ط
١٩٩٠م/٨٩ .

الاتجاه الثاني : ذهب إليه بعض فقهاء القانون المدني السابق والحالي^(١) وعرفوا العلم الكافي بالمبيع بأنه : معرفة المشتري بأوصافه الأساسية التي تبين ما إذا كان ملائماً للفرض المطلوب منه ، أو غير ملائم ، ليتم رضاؤه ويمتنع تضرره .

فالمقصود ، هو العلم بأوصاف المبيع لا العلم بذاته ، لأن ذلك هو مفهوم المواد القانونية الخاصة بالعلم بالمبيع ، والتي تطابق أحكامها الأحكام التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية في باب خيار الرؤية ، وهم يفرقون تفريقاً تاماً بين خيار الرؤية وشرط العلم بذات المبيع ، فضلاً عن علاقة هذا الموضوع برضاء المشتري ، لأن العلم متم للرضا ، تكلم عليه القانون عقب الكلام على الرضا^(٢) والعلم بأوصاف المبيع يفيد معرفة المشتري به ، أكثر مما يحققه مجرد تعيينه وفقاً للقواعد العامة فمثلاً : إذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإنها تتعين ببيان رقم الحوض ، والقطعة التي توجد بها والناحية التي تضمها ، وبيان حدودها الأربعة ويكفي ذلك لاتخاذ البيع ، ولكن علم المشتري بهذه الأرض علماً كافياً ، يقتضي أن يعرف خصائصها ، من حيث نوع التربة وما تصلح له من أنواع المزروعات ووسائل ربيها وصرفها^(٣) .

وإذا لزم أن يكون المشتري عالماً بالأوصاف الأساسية للمبيع ، فإن علمه بتفصيلاته وجزئياته وبذائقه لا يعتبر ضرورياً .

وهكذا لا يعتبر المشتري جاهلاً بالمنزل الذي اشتراه ، إذا كان لا يطعم عدد النوافذ والأبواب التي يحويها كل طابق^(٤) .

(١) محمد حلمي عيسى شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية ول الشريعة الإسلامية : ف ١٠٦٠ - ١٠٦١ ص ٣٤٥ وف ١٠٦٨ - ١٠٦٩ ص ٣٣٩ ط ١٣٣٤ هـ - ١٩١٦ م ط مطبعة المعارف .

د/ محمد ليب شيب ود/ مجدى صبحى خليل : المرجع السابق ف ٤٤ مكرز ص ٧٤ .

(٢) د/ محمد حلمي عيسى : المرجع السابق ف ١٠٦٠ - ١٠٦١ ص ٣٣٥ .

(٣) د/ محمد ليب شيب ود/ مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ف ٤٤ مكرز ص ٧٤ .

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق ف ٢٥ ص ٣٦ .

كما لا يلزم العلم بالأوصاف الثأنوية ، التي لا قيمة لها ، كلون فرش السيارة ، أو لون دهان غرف المنزل (١) .

ولا شك أن الأوصاف الأساسية في الشيء المبيع ، والتي يلزم علم المشتري بها ، إنما تختلف باختلاف الأشياء ، وهي بعد مسألة موضوعية لقاضي الموضوع فيها القول الفصل (٢) .

والملاحظ هنا أن كفاية العلم أو عدم كفايته ، مسألة متعلقة بظروف التعاقد وتختلف باختلاف العين محل العقد ، ولذلك فإن تقدير كفاية العلم أمر متروك لقاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي اشتراه وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً ، مبنياً على ما أوردته في حكمها من وقائع الدعوى ، وظروفها ، وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة النقض ، لتعلقه بموضوع الدعوى " (٣) .

٣٤- تعريف الإعلام الكافي بالمبيع في الفقه الفرنسي ،

عرف بعض فقهاء القانون الفرنسي الإعلام الذي يلتزم البائع بالقيام به تجاه المشتري بأنه : عنصر المعرفة المقدم من الصانع أو البائع وعلى التوالي من مشتري الشيء لوأحد أو أكثر من المرسل إليهم المبيعات ، بصفته هدفاً

(١) جل الشارلاري المرجع السابق ف ١٨ ص ٨

أستاللا الديكور/ عبد الرخيد مأمون : المرجع السابق ف ٤٠ ص ٥٥ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ف ٢٥ ص ٣٦ .

(٣) نقض مدني ٢٤ أكتوبر ١٩٤٠ م ، المجموعة الزمنية للمحاكم الأهلية والشرعية ، السنة الثانية والأربعون ،

العدد الرابع ، ص ١٧٠-١٧١ .

أساسياً في خدمة مصالح هؤلاء بطريقة ملائمة ^(١) .

ويتضح من التعريف أن الإعلام الذي يلتزم البائع بتقديمه إلى المشتري يجب أن يتكون من عناصر تساعد على معرفة حقيقة الشيء المبيع . وسواء تمثلت هذه العناصر الإعلامية في معلومات أو بيانات ، أو إشارات ، أو تنبيهات أو تحذيرات أو في غيرها . كما يلتزم الصانع والبائع بتقديم الإعلام على حد سواء وليس هذا فحسب بل أن الإعلام يقتضى أن يظهر المشتري تعاوناً مع البائع بأن يكشف له عن حاجاته الخاصة التي يقصد استعمال المبيع فيها والتي لا يمكن للبائع أن يعلم بها من تلقاء نفسه ، بحيث يسهم المشتري بذلك في تحقيق مصلحته الشخصية ، للوصول للهدف من التعاقد ^(٢) ويستفاد كذلك أن المرسل إليه الإعلام - خاصة بيانات طريقة الاستعمال والتحذير من المخاطر - قد يكون المشتري وقد يكون شخصاً آخر ، يقوم باستعمال المبيع دون أن يكون هو المشتري له ، كما في حالة الوالد الذي يشتري الدواء لولده ، فالطفل هو المستعمل المستفيد دون أن يكون هو المشتري ^(٣) .

ويجب أن يكون الإعلام كافياً ، ويتحقق ذلك إذا تضمن وصفاً ، أو بياناتاً دقيقة وحقيقية للشيء بما يتطابق مع الحقيقة والواقع ، فلا يكفي الإعلام المغلوط فيه أو المزيف والمزور ^(٤)

(1) CHRISTIANOS (Vassili) , conseils , mode d' Emploi , et mise en garde , en matier de vente de meubles corporels . contribution à l' étude De l'obligation d'informer, thèse, de Doctorat, paris. 1987, p.10., ou il dit: " l'information un élément de connaissance Fourni par le Fabricant, ou le vendeur, et respectivement par l'acheteur de la chose à un ou plusieurs destinataires donnés ayant pour but principal de servir de façon appropriée les intérêts de ceux-ci".

(2) CHRISTIANOS . Thèse précitée, p. 152.

(3) CHRISTIANOS (v) , thèse précitée, pp 231et 241.

^(٤) د/ خالد جمال أحمد حسن ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد . دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ص ١٤٥ - ١٥٠

كلية الحقوق ، جامعة أسوط . ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م . دار النهضة العربية .

٣٥ - خصائص العلم الكافي بالمبيع .

نستخلص من التعريفات السابقة للعلم بالمبيع والإعلام به ، أن نظام العلم الكافي بالمبيع يحوى مجموعة من العناصر والخصائص ، التى تبيّن جوهر وحقيقة هذا النظام ، وتمثل هذه العناصر وتلك الخصائص فيما يلى:

١- إن العلم بالمبيع حق مقرر للمشتري بنص المادة (١٩٤) مدنى مصرى وهو بالنسبة للبائع التزام يقع على عاتقه ، بإعلام المشتري بحقيقة المبيع . حسبما هو مقرر فى القانون الفرنسى وفقهه وقضائه .

فإذا استحال على المشتري ، معرفة حقيقة المبيع ، أو الاستعلام عنه ، من تلقاء نفسه ، وجب على البائع اتخاذ الوسائل اللازمة لإعلام المشتري بحقيقة المبيع.

٢- إن مضمون العلم بالمبيع يشتمل على كافة البيانات والمعلومات الصحيحة والكافية ، التى توضح حقيقة المبيع ذاتاً وصفاتاً وتبيّن طرق استخدامه وتحذر من أخطاره .

٣- إن العلم الكافي بالمبيع يمكن أن يتحقق بكافة الوسائل المشروعة والتى تتناسب وطبيعة الشيء المبيع .

٤- إن العلم الكافي يتم رضاء المشتري ، فنتجه إرائته إلى إبرام العقد ، وهو على بينة من أمره .

وبذلك يمكننا أن نضع تعريفاً للعلم الكافي بالمبيع ، يحوى خصائصه ويبيّن جوهره وحقيقته . فنعرّف العلم الكافي بالمبيع ، بأنه :

حق المشتري فى معرفة حقيقة المبيع ، ذاتاً وصفاتاً ، وكافة البيانات الضرورية واللازمة ، لحسن الانتفاع به ، وتجنب أضراره ، على الوجه الذى يناسبه ، بحيث يكون هذا العلم أساساً للرضا الذى يصدر عن المشتري .

الفرع الثاني

تعريف العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

٣٦- عَرَّفَ الفقه الإسلامي الرؤية بأنها : العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد سواء كان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية ، أو بأى حاسة من الحواس كاللمس ، أو الجس ، أو الذوق ، أو الشم ، أو السمع ، فهو في كل شئ بحسبه ^(١) .

وبذلك يكون إطلاق لفظ الرؤية من باب المجاز ، ويكون المقصود هو العلم بحقيقة المبيع للوقوف على مدى ملائمته لغرض المشتري من الشراء . ويشترط الفقه الإسلامي في العلم أن يكون كافياً ، ويتحقق ذلك بتوافر ثلاثة أمور :

- ١- أن يعلم المشتري بعين المبيع - أى ذاته - وقدره وصفته جملة وتفصيلاً .
 - ٢- أن يكون العلم نافعاً للغرر والجهالة الفاحضة .
 - ٣- أن يحقق العلم الرضاء التام لدى المشتري .
- ووجوب علم المشتري بذات المبيع وصفاته ، جملة وتفصيلاً ، أمر مجمع عليه من جمهور الفقه الإسلامي .

فقد المالكية: جاء في الشرح الصغير للعلامة أحمد الدريد : " ولا يصح أن يباع مجهول للمتبايعين أو أحدهما من ثمن أو مثن ، ذاتاً أو صفّة ، بل ولو تعلق الجهل بالتفصيل " ووضّح ذلك العلامة أحمد الصاوي قائلاً : " قوله : ذاتاً أو

^(١) رد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ٩٧ ، الموسوعة الفقهية ج ٢٠ ص ٦٦ تصدر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت .

د/ عبد الستار أبو شدة الحياوات وأثرها في التصرفات الرسالة السابقة ص ٣٨٦ .

د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكة الفرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ص ٣٠٦ كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ دار المصطفى للنسخ والطبع .

صفة ، فجعل الذات كأن يشتري ذاتاً لا يدري ما هي ، وجهل الصفة ، كأن يعلم أنها شاة مثلاً ، ويجعل سلامتها من العيوب " (١) .

وعند الشافعية : جاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين للعلامة النووي : "الشرط الخامس كون المبيع معلوماً ولا يشترط العلم به من كل وجه ، بل يشترط العلم بعين المبيع وقدره وصفته " (٢) .

وقد ميز فقهاء الحنفية بين العلم بذات المبيع ، والعلم بأوصافه . فجعلوا العلم بالذات شرطاً لصحة العقد يترتب على تخلفه الفساد ، بينما العلم بأوصاف المبيع شرط للزوم البيع ، يقصد به التأكد من تمام الرضاء . فقد جاء في بدائع الصنائع للعلامة الكاساني : " وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن ، فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة ، قال أصحابنا ليس بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة ، لكنه شرط للزوم ، فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم " (٣) .

وقد أكد الفقهاء على ضرورة أن يكون العلم نافياً للجهالة الفاحشة والغرر فعند الشافعية جاء في المجموع للعلامة النووي : " لا يجوز بيع العين الغالبة إذا جهل جنسها ونوعها ، لحديث النهي عن بيع الغرر ، وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير " (٤) .

وعند الحنابلة جاء في كشاف القناع : " الشرط السادس أن يكون المبيع معلوماً لهما ، أي للبائع والمشتري ، لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهياً عنه " (٥) .

(١) بلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٥٦ ، وأيضاً شرح العلامة الخرش ج ٥ ص ٢٢ .

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين ج ٣ ص ٢٥٨ ، وأيضاً المجموع شرح المهلب ج ٩ ص ٢٨٦ ، مفتي المحتاج

ج ٢ ص ١٦

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٦ ص ٣٠٥٣ .

(٤) المجموع للإمام النووي ج ٩ ص ٢٨٨ ، وأيضاً مفتي المحتاج ج ٢ ص ١٦ ولحاجة المحتاج ج ٣ ص ١٠٥ .

(٥) كشاف القناع عن من الإقناع ج ٣ ص ١٦٣ ، وأيضاً المدع في شرح المفتي للعلامة بن مفلح ج ٤ ص ٢٤

ط للمكتب الإسلامي .

وقد استدلت الظاهرية على ضرورة أن يكون العلم نافياً للغرر بقولهم : " وبرهان آخر وهو نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، ولا غرر أكثر من أن لا يدرى البائع أى شئ هو الذى باع ، ولا يدرى المشتري أى شئ اشتري ، وهذا حرام بلا شك " (١) .

وقد اشترط فقهاء الزيدية أن يكون العلم مانعاً للغرر ، فجاء فى البحر الزخار : " الشرط التاسع : كون الثمن والمبيع معلومين ، لنهيه ﷺ عن بيع الغرر " (٢) . ويجب أن يكون العلم محققاً للرضا التام لدى المشتري ، وإلا ثبت للمشتري حق الخيار ، فقد جاء فى شرح العلامة الباهرى : " ونسأ الرضاء لا يتحقق إلا بالعلم بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبرة " (٣) .

وقد جاء فى بدائع الصنائع تعليق لعدم لزوم العقد للجهل بأوصاف المبيع : " لأن جهالة الوصف تؤثر فى الرضاء فتوجب خللاً فيه ، واختلال الرضاء فى البيع يوجب الخيار " . وقد أكد على ذلك العلامة ابن حزم بقوله : " وبضرورة الحس يدرك كل أحد أن التراضى لا يمكن ألبيه إلا فى معلوم متميز " (٤) .

ولكى يكون العلم كافياً ، فإنه يجب معرفة المشتري بالمواصفات التى تتعلق بفرضه من الشراء ، إذا كان غرضاً صحيحاً سليماً ، فمثلاً إذا اشترى شخص بقرة بفرض الانتفاع بلحمها ، فأتضح أنها حامل ، ولم يكن يعلم ذلك ، فإن هذا يعتبر وصفاً ينقص القيمة بالنظر إلى غرض المشتري ، وإن كان يزيد القيمة

(١) اطلب للإمام ابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٢) كتاب البحر الزخار الجامع لعلماء الأئصار للإمام أحمد بن محمد بن المرتضى ج ٤ ص ٢٩٩ الناشر دار الكتاب الإسلامى . القاهرة .

(٣) العناية على الهداية وشرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ الطبعة الأولى المطبعة الكبرى الأميرية سنة ١٣١٦ هـ .

(٤) اطلب لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥ .

بالنظر إلى غرض غيره،^(١) فعدم علم المشتري بهذا الوصف يوجب له الحق في الخيار .

وتقدير مدى كفاية الرؤية - أي العلم - إنما يرجع فيه إلى العرف الزماني والمكاني^(٢) لأن الأشياء تتطور ، بتغير الأزمنة واختلاف الأمكنة ، كما تتباين الأغراض من شرائها .

ففي العقارات - كالدور مثلاً - يشترط لتحقيق العلم الكافي رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمستحم والبالوعة ، ولابد من رؤية كل السدار داخلها وخارجها ، فلا تكفى الأبنية ، وكثرة المرافق وقتها^(٣) .

وفي شراء الدواب ، يشترط رؤية وجه الدابة وكفلها ، وقوائمها ، واشترط بعض الفقهاء أن يجرى الفرس بين يدي المشتري ليعرف سيره^(٤) .

وفي شراء الأنعام : فرق الفقهاء بين الشاة المشتراة للحم ، فيكفى فيها الجص لأن المقصود يعرف به ، وبين الشاة المشتراة للقتية - أي للدر والنملى - فلا بد من رؤية الضرع^(٥) .

وفيما يطعم لابل من الذوق ، وفيما يشم لابل من الشم ، وفيما يسمع لابل من سماع صوته . لأن العلم بالشيء يقع باستعمال آلة إدراكه^(٦)

(١) إنتاج المذهب شرح أحكام المذهب للعلامة أحمد العسلى الزيدى ج ٢ ص ١٣٤ الطبعة الأولى ، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي ١٩٤٧ م .

د/ عبد الستار أبو غدة الرسالة السابقة ص ٢٦٢ .

(٢) الموسوعة الفقهية ج ٢٠ ص ٦٨ د/ عبد الستار أبو غدة الرسالة السابقة ص ٣٩٤ .

(٣) بدائع الصانع ج ٧ ص ٣٣٦٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٧ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٧١ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٥٢ .

(٤) بدائع الصانع ج ٧ ص ٣٣٦٥ ، شرح الحاشية على المفاتيح وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٣ المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٩١ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠ .

(٥) بدائع الصانع ج ٧ ص ٣٣٦٥ شرح الحاشية على المفاتيح وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٣ .

(٦) تبين الحقائق للعلامة الزيلعي ج ٤ ص ٢٧ .

٣٧- التزام البائع بالإعلام في الفقه الإسلامي :

إذا لم يستطع المشتري معرفة حقيقة المبيع من تلقاء نفسه ، فإنه يجب على البائع إعلامه به .

ويقصد بإعلام المشتري - المستهلك - في هذه الحالة : إخباره عن حقيقة السلع التي يريد أن يستهلكها ^(١) .

ويجمع فقهاء الشريعة الغراء على قيام الالتزام بالإعلام على عاتق البائع لصالح المشتري ، إذا كان من شأن كتمان بيانات المبيع أن ينطوى على تدليس أو غش محرم بغرض إخفاء عيوب ، أو مواصفات تتعلق بالمبيع ، لو علمها المشتري لما أقدم على الشراء ، ففي المذهب الحنفي قال العلامة الزيلعي : " ولكون السلامة كالمشروطة في العقد ، لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه " ^(٢) .

وقال العلامة ابن نجيم : " تنبيه : كتمان عيب السلعة حرام ، وفي البزازية وفي الفتاوى : إذا باع سلعة معيبة عليه البيان " ^(٣) .

وفي المذهب المالكي : جاء في كفاية الطالب الرباني : " ولا يجوز في البيوع التدليس ، وهو أن يعلم أن بسلعته عيباً فيكتمه عن المشتري " .

وجاء في حاشية العلامة العدوي : " إن العيب الذي يوجب الخيار ، هو الذي لم يطلع عليه المشتري حين العقد ، سواء علم البائع بذلك وكتمه وقت العقد أولاً ، إلا أنه مع العلم وعدم البيان يكون مدلساً ويأثم " ^(٤) .

^(١) د/ يوسف قاسم ، إعلام المستهلك وحكم الشريعة الإسلامية فيه ص ٥ بحث مقدم لزوم إعلام وحماية المستهلك الذي نظم مركز حماية المستهلك ، بكلية الحقوق - جامعة القاهرة في الفترة من ١٥ - ١٧ يناير ١٩٩٥ م.

^(٢) تبين الحقائق شرح كثر الفتاوى ج ٤ ص ٣٩ .

^(٣) البحر الرائق للعلامة ابن نجيم ج ٦ ص ٣٨ - ٣٩ .

^(٤) حاشية العلامة العدوي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني رسالة ابن أبي زيد القيرواني ج ٢ ص ١٣٨ - ١٣٩ ط. مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي

وفى مذهب الشافعية جاء فى مقضى المحتاج : " من علم فى السلعة عيباً لم يحل له أن يبيعها حتى يبينه ، حذراً من الغش " ^(١) .

وجاء فى المجموع للعلامة النووى : " إن البيع عند كتمان العيب محرم ، وعبرة الشافعى فى قوله وحرام التدليس ، وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل ، على حرمة كتمان العيب ، ووجوب بيانه " ^(٢) .

وفى مذهب الحنابلة ، جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع : " ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها " ^(٣) .

وفى مذهب الشيعة الزيدية ، جاء فى البحر الزخار : " وعلى البائع إعلام المشتري به (أى بالعيب) وإلا أثم " ^(٤) . وجاء فى كتاب النيل وشفاء العليل ، وأيضاً فى شرح النيل : " (ولزمه بالعه) أى بائع معيب (إخباره) أى المشتري (به) أى بالعيب ، (وعصى إن لم يخبره) معصية كبيرة ، لأن عدم الإخبار غش ، وأكل للمال بالباطل " ^(٥) . ويثبت للمشتري الحق فى الخيار ، عند عدم إعلام البائع له بحقيقة المبيع .

ويتضح مما تقدم ، أنه يشترط أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ذاتاً وصفتاً وقدرأ ، وجملته وتفصيلاً ، ويجب أن يؤدى العلم إلى تمام الرضا لدى المشتري بالمبيع فإن لم يستطع المشتري معرفة حقيقة المبيع من تلقاء نفسه وجب على البائع إعلامه به .

^(١) مقضى المحتاج إلى معرفة ألقاط النهاج للعلامة محمد الشريفي الخطيب ج ٢ ص ٦٣ .

^(٢) المجموع شرح المذهب ج ١٢ ص ١١٦ ط. دار الفكر .

^(٣) الشرح الكبير للعلامة ابن لقمان المقدسى على متن المقنع مطبوع مع المفتى ج ٤ ص ٨٤ - ٨٥ ط. دار

الكتاب العربي - بيروت لبنان ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م .

^(٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٥٥ .

^(٥) النيل وشفاء العليل للشيخ خيار الدين عبد العزيز الصيمى ، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل للإمام محمد

يوسف أطفيش ج ٨ ص ٤٧٣ ط. مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية . ط الثالثة ١٤٠٥ هـ -

١٩٨٥م .

الفرع الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي بخصوص

تعريفه العلم بالمبيع

٣٨- يتضح مما تقدم أن هناك تقارباً بين القانون المدني والفقه الإسلامي بشأن مفهوم العلم الكافي بالمبيع ، وإن كان هذا المفهوم أكثر اتساعاً لدى فقهاء الشريعة الإسلامية .

فإذا كان الرأي الغالب لدى فقهاء القانون المدني ، قد عرّف العلم الكافي بما يبين حقيقة المبيع ذاتاً وصفاتاً ، ويقيم رضا المشتري على أساس سليم .

فإن جمهور الفقه الإسلامي يرى أن الرؤية هي العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد ، وبحيث يجب أن يشمل هذا العلم ذات المبيع وصفاته وقدره جملة وتفصيلاً ، حتى يأتي رضا المشتري به تاماً .

وإذا كان بعض الفقه القانوني يرى أن المراد بالعلم الكافي هو العلم الذي يشمل مواصفات المبيع ، دون العلم بذاته ، فإتاهم قد تأثروا في ذلك ، برأى فقهاء الحنفية ، الذين فرقوا بين العلم بذات المبيع والعلم بصفاته ، من حيث التأثير على صحة العقد .

وقد تميز الفقه الإسلامي بتأكيدهِ على ضرورة أن يكون العلم نافياً للجهالة الفاحضة والقرر الممبیین للتنازع والخصام ، فنهت الشريعة الإسلامية عن الغرر لأنه يفسد على الناس حياتهم ويخل بالمقصود من التعاقد .

وإذا كان القانون الفرنسي قد فرض على عاتق البائع التزاماً بالإعلام لمصالح المشتري ، يحوى المعلومات والبيانات والتحذيرات ، والتنبيهات ، الحقيقية واللائمة لإعلام المشتري بحقيقة المبيع ، فإن جمهور الفقه الإسلامي يجمع على وجوب إلزام البائع ، بإعلام المشتري بحقيقة المبيع ، إذا كان من شأن الكتمان أن ينطوى على تدليس أو غش محرم، بقصد إخفاء عيوب ، أو مواصفات تتعلق بالمبيع لو علمها المشتري لما أقدم على التعاقد .

المطلب الثانى

أهمية العلم بالمبيع

٣٩ - تقسيم .

نتناول فى هذا المطلب بيان الفوائد الجلية ، والمزايا العديدة ، التى يهدف نظام العلم الكافى بالمبيع إلى تحقيقها .
ونبين ذلك فى كل من القانون المدنى والفقه الإسلامى فى فرعين متكالين ، ثم نخصص فرعاً ثالثاً للمقارنة بينهما وذلك على النحو التالى :

- الفرع الأول ، أهمية العلم بالمبيع فى القانون المدنى .
- الفرع الثانى ، أهمية العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى .
- الفرع الثالث ، مقارنة .

الفرع الأول

أهمية العلم بالمبيع فى القانون المدنى

٤٠ - تمهيد :

يهدف نظام العلم بالمبيع فى القانون المدنى إلى تحقيق العديد من الفوائد ذات الأهمية البالغة فى نطاق التعاقد ، حيث إنه يؤدى إلى حماية رضاء المشتري ، ويجعله يقوم على أساس صحيح ، ويحقق التوازن فى المراكز العقدية من خلال المساواة فى العلم والمعرفة بين المتعاقدين ويضمن سلامة المستهلك المادية والجسدية ، ويؤدى إلى إدخال القواعد الخلقية فى نطاق الالتزامات القانونية .

فضلاً عن أنه يعالج قصور نظريتي عيوب التراضي والضمان ، إمعاناً في توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقد .
ونفصل ما أجملناه على النحو التالي :

٤١ - أولاً ، حماية رضاء المشتري ، حتى يكون حراً مستديراً .

يهدف نظام العلم الكافي بالمبيع إلى حماية رضاء المشتري ، وضمان تنسوره وقيامه على أساس سليم ،^(١) حيث إن من شأن تقرير هذا النظام ، تمكن المشتري من الحصول على كافة المعلومات والإيضاحات الضرورية ، عن الشيء المبيع ، والتي تمثل أدوات الرضاء الحر المستدير ، التي تجعل المشتري يقدم على التعاقد عن بصر وبصيرة^(٢) وبذلك فإن هذا النظام يتجه إلى حماية الرضاء ، الذي يعتبر عنصراً جوهرياً في العقد^(٣).

٤٢ - ثانياً ، تحقيق التوازن في المراكز العقدية . من خلال المساواة في العلم والمعرفة بين طرفي العقد .

أدى التقدم الاقتصادي ، والتكنولوجي المعاصر ، إلى ظهور العديد من المنتجات ذات التركيبات الفنية الدقيقة والمعقدة والتي يستحيل على

(١) د/ جيل الشرفاوي لمرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨

د/ محمد حلمي عيسى ، لمرجع السابق ف ١٠٦٠ - ١٠٦٦ ص ٣٣٥ - ٣٣٨ .

(2) GHESTIN (jacques), traité de droit civil, les obligations, le contrat formation. 2e éd, L.G.D.J. 1988, n° 455, pp. 502 et 503., Conformité et Garanties, Dans la vente (produits mobiliers) éd, I.G.D. J. 1983 n° 96 PP. 103et 104., Ghestin(J) et DESCHÉ (Bernard) . traité des contrats, la vente, éd , L.G.D.J. 1990n° 128 p 139., Boyer (yves) l'obligation de renseignement dans la Formation du Contrat, thèse de doctorat , Aix- MARSEILLE 1977, n°37, P.58 (Guy) VENANDET, la protection de l' inentegreté du consentement, Dans la vente commerciale, thèse de doctorat NANCY II 1976, n°, nos 91 et 22 pp. 106 et 107.

Collart (F) et Delebecque (ph) op.cit. n°93 p 83

د/ سهو مصر . الالتزام بالصبر ص ٧ ، ط ١٩٩٠م دار النهضة العربية .

٢٠) DOYER (yves) . thèse, précitée, n°, 17. P.31.

المشتري العادى الوقوف على حقيقتها ، والعلم بها من تلقاء نفسه .
فى حين أنه يتعامل فى نفس الوقت مع بائع أو منتج متخصص ، يعلم
عن المبيع ، ما لا يمكن أن يعرفه من تلقاء نفسه لما يتمتع به البائع
من تفوق اقتصادى وفنى ^(١) ، ومن شأن ذلك أن يعرض المشتري
لتعسف البائع ، نتيجة لعدم التوازن العقدى بين طرفى العقد ، المترتب
على عدم المساواة بينهما فى العلم والمعرفة ^(٢).

لأنه يجعل أحد المتعاقدين يتصرف بكامل العلم والمعرفة ، فى حين أن
المتعاقدين الآخر لا يملك المعلومات الضرورية ، لإبرام العقد عن حرية
تامة ، وعلم كاف الأمر الذى يدعو إلى التدخل لإعادة التوازن العقدى
إلى نصابه ، وتحقيق العدالة العقدية ^(٣).

وهو ما يمكن تحقيقه من خلال تقرير الحق للمشتري فى العلم الكافى
بالمبيع، وإلزام البائع بإعلام المشتري بالبيانات الضرورية المتعلقة
بالمبيع فتحقق المساواة بين الطرفين فى العلم والمعرفة .

٤٣- ثالثاً، ضمان سلامة المستهلك المادية والجسدية

ترتب على التقدم الصناعى ، التكنولوجى الحديث ، ظهور العديد من
السلع والمنتجات ذات التركيبات الدقيقة ، والخواص الخطرة والتى لا
غنى للاهتمام عنها رغم ما تحويه من مخاطر ، تكمن فى خواصها أو
المواد المصنوعة منها ، أو فى سوء حفظها وصيانتها ، والتى تهدد
المستهلك بالضرر فى بدنه وأمواله.

^(١) د/ حسام الأمراء عقد البيع للرجع السابق ف ٥٥٠ ص ٤٦٥ .

^(٢) ALISSE (jean) L'obligation De Renseignement, Dans les contrats, thèse de doctorat, paris II, 1975, n° 46 p41,

BOYER(Y) thèse précitée, n° 16 p30.

^(٣) BIHL (luc) , le droit de la vente, op. Cit, n°259 p 126.

ومن شأن تقرير نظام العلم الكافى بالمبيع - بتحويل المشتري الحق فى الحصول على كافة البيانات والمعلومات التى تساعده على التعرف على حقيقة المبيع وما ينطوى عليه من مخاطر - أنه يمكن المشتري من استعمال المبيع استعمالاً صحيحاً ، يستبعد أى ضرر أو خسارة من شأنها أن تلحق به^(١).

وبذلك يهدف نظام العلم الكافى بالمبيع إلى ضمان سلامة المشتري المادية والجسدية ، حيث يحول دون وصول الخطر الكامن فى المبيع إلى المشتري والمساس بشخصه أو الإضرار بماله^(٢)

٤٤ - رابعاً ، إدخال القواعد الخلقية ، فى نطاق الالتزامات القانونية.

يهدف نظام العلم الكافى بالمبيع إلى إدخال القواعد الأخلاقية فى نطاق الالتزامات القانونية . وهو ما نادى به R.I.P.E.R من وجوب إدماج القواعد الخلقية ، فى الالتزامات القانونية^(٣) ، بما يستوجب هذا الإدماج من مراعاة مبدأ حسن النية ، الذى يحكم تنفيذ العقد ، وفقاً للمادة (١/٤٨) مدنى مصرى ، و المادة (٣/١٣٤) مدنى فرنسى . بحيث يجب أن يراعى فى مرحلة إبرام العقد ، و يستمر حتى تنفيذه^(٤) . ذلك المبدأ الذى يتطلب التعاون Collaboration ou Coopération ، و الصدق و

(١) REVEL (janine) , la responsabilité du fabricant, thèse de doctorat, paris 1975, n° 129, P. 208.

(٢) د / جابر محبوب على ، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة ، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسى و القانون المصرى و الكويتى . ف ٢٧١ ص ٢٦٧ ط . ١٩٩٥ م دار النهضة العربية للامارة .

د/ على سيد حسن ، الالتزام بالسلامة لى عقد البيع ص ١٠٢ ط ١٩٩٠ دار النهضة العربية .

(3) (G) R.I.P.E.R. la règle morale , dans les obligations civiles en droit , Français , 4 e éd 1949, n° 40 , p. 74 .

(٤) د/ أحمد محمد محمد الرافعى . الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى ، رسالة الدكتوراه ص ١٠٦ كلية الحقوق ، جامعة الرقازيق ط ١٩٩٤ م دار النهضة العربية .

الأمانة *loyauté* بين المتعاقدين قبل وأثناء العقد كما يتطلبه أثناء التنفيذ^(١) و هو ما يعنى فرض التزام إيجابى بالصدق والأمانة ، نحو المتعاقد الآخر ،^(٢) و بحيث يحل محل الحياد السلبي ، بالامتناع عن الكذب والغش والخداع والتضليل - وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية التى كانت تفرض على كل متعاقد أن يدافع عن مصالحه الخاصة - التزام بالتعاون الفعلى *une obligation de la collaboration effective* بتزويد المتعاقد بالمعلومات الضرورية لتتوير رضاه ، والتعبير الحر عنه^(٣) وهذا الالتزام بالتعاون ، سيفرض على كل طرف إعلام المتعاقد معه كلما سيسمح الإعلام لهذا الأخير بالحصول على أفضل منعه من أدائه ، أو تنفيذ تعهداته الخاصة بأفضل طريقة ممكنة^(٤) ، وبذلك فإن نظام العلم بالمبيع يرسخ المبادئ الأخلاقية فى نطاق التعاقد . بحيث يجب على المتعاقد مراعاة حسن النية والصدق ، والأمانة ، والتعاون فى تقديم البيانات والمعلومات إلى المتعاقد الآخر . فضلاً عن امتناعه عن الكذب والغش والتضليل والخداع.

٤٥- خامساً: معالجة قصور نظريتي محبوب الرضاء والضمآن

يسهم نظام العلم الكافى بالمبيع ، فى معالجة قصور وضعف نظريتي عيوب الرضاء والضمآن ، فى توفير الحماية اللازمة للمشتري . فبصدد نظرية عيوب الرضاء : أدى تضيق المشرع لحالات الطعن بالإبطال لعب الرضاء ، باستلزامه توافر شروط معينة لطلب الإبطال

^(١) ALISSE , (Jean) , thèse , précitée , n° 65 p 60 .

^(٢) (Yves) BOYER , thèse , précitée , n° 15 p 28 .

^(٣) (YVON) LOUSSOUARN , note , sous cass civ 15 Janv, 1971, Rev, trim, dr civ, 1971, p 839., ALISSE(jean), thèse, précitée, n° 65 p60, G.RIPERT. OP, CIT. P.93.

^(٤) (YVES) PICOD, le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat , n° 97 , p. 115. , éd L.C.D.J, paris 1989.

يصعب إثباتها في كثير من الحالات - وذلك رغبة منه في تحقيق استقرار نسبي للعقود والمعاملات - أدى ذلك إلى ضعف فعالية نظرية الرضاء ، في توفير الحماية الكافية للمشتري.

يظهر ذلك جلياً في استلزام المشرع لإبطال العقد نتيجة لتعيب الإرادة بالغلط ، توافر شروط معينة لاعتبار الغلط جوهرياً ، يؤدي إلى إبطال العقد .

وهذه الشروط هي : ١- أن يكون الغلط دافعاً إلى التعاقد ، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ، لو لم يقع في هذا الغلط ٢- أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر (بأن يكون هو الآخر قد وقع فيه ، أو على علم به ، أو من السهل عليه أن يتبينه) حسب المادتين (١٢٠ و ١٢١) مدني مصري والمادة (١١١٠) مدني فرنسي.

ويلاحظ أن إثبات توافر هذه الشروط قد يكون من الصعب مكان سواء في إثبات جوهري الغلط ، أو إثبات علم المتعاقد الآخر ، أو إمكان علمه لأن الإثبات في هذه الحالات ينصب على أمور نفسية ، يصعب إثباتها بدون دلائل خارجية^(١).

في حين أنه وفقاً لنظام العلم الكافي ، يكفي المشتري الغالط أن يستند إلى عدم علمه بالمبيع علماً كافياً للحصول على الحكم بالإبطال ، دون حاجة إلى إثبات توافر شروط الغلط .

ولا شك أن إثبات جهل المشتري بالمبيع ، أمر سهل ميسور ، تؤيده القرائن ، كما لو كان المشتري شخص عادي محدود الخبرة ، والبائع مهني متخصص أو أن المبيع كان في حيازة البائع بحيث لم يتمكن المشتري من معاينته والعلم بحقيقته .

(١) د/ تزيه محمد الصديق المهدي . الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد . وتطبيقه على بعض أنواع العقود - ص ٢٦٥ ط ١٩٩٠ م دار النهضة العربية .

ولا ريب في أن علم المشتري الكافي بالمبيع ، يقيه من الوقوع في الغلط بشأنه ، لأن أي غلط يخفى في الحقيقة نقصاً في المعلومات لدى المشتري ، وإخلاقاً من جانب البائع بالتزامه بالإعلام ، بحيث يكون واضحاً أنه لو قام البائع بإعلام الشخص الغالط إعلاماً صحيحاً ، لما وقع في أي غلط^(١).

وإذا لحق المشتري ضرر نتيجة وقوعه في الغلط المترتب على عدم إعلام البائع له بحقيقة المبيع ، فإن البائع يعد مرتكباً لخطأ ويكون للمشتري الحق في طلب التعويض عنه مع طلب الإبطال ، أو طلب التعويض دون طلب الإبطال^(٢) ، في حين أن نصوص الغلط لا تعطيه هذا الحق ، ولو تم إثباته .

كما يستلزم المشرع لإبطال العقد للتدليس ، توافر شروط معينة^(٣) وهي:-

- ١- استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل ، بحيث يشتمل هذا الشرط على عنصرين : أحدهما : مادی ، ويتمثل في الطرق الاحتيالية ، ويدخل فيها الكذب le mensonge والكتمان la réticence أو السكوت العمدى والثاني : معنوی ، ويتمثل في وجود نية التضليل لدى المتعاقدين الآخر أي الغرض غير المشروع.
- ٢- أن يكون التضليل الناشئ عن استعمال هذه الطرق الاحتيالية هو الدافع إلى التعاقد - حسب المادة (١٢٥) مدنى مصرى - بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

(1) (Muriel) fabre-Magnan. De l' obligation D'information Dans les contrats. Essai, d'une théorie. Thèse de doctorat paris ,l.éd , L.G.D.J, 1992, n° 350 , P.281.

(2) lucas de LEYSSAC. L'information en droit privé, sous la direction de (yvon)

LOSS OUARN, et paul LAGARD, n° 19 p 316, éd L.G.D.J. PARIS 1978.

(3) Alisse (Jean) thèse précitée n° 201, P 184, cass civ, 29 nov , 1968 ,Gag. Pal 1969, 1, 63.

د/ تزيه محمد الصادق الهادي المرجع السابق ص ٤٥٥ و ٢٦٦.

(٣) د/ سليمان مرقص . الرأى في شرح القانون المدنى ج٢ الالتزامات ، المجلد الأول : نظرية العقد والإرادة المفردة ل٢٠٦ ٢٧٩ وما بعدها الطبعة الرابعة ، ١٩٨٧م ، مطبعة دار السلام.

٣- أن يكون استعمال هذه الحيل بقصد التضليل ، حاصلًا من العاقد الآخر - حسب المادة (١١١٦) مدنى فرنسى - أو على الأقل أن يكون عالمًا به أو من المفروض حتمًا أن يعلم به ، حسب المادة (١٢٦) مدنى مصرى .
ويترتب على ذلك أن السكوت عمداً ، يعتبر تدليساً إذا كان البائع الساكت ملتزماً بالإدلاء بالبيانات ، أو بتقديم إيضاحات معينة عن المبيع ، وفقاً لنص المادة (١٢٥) فى فقرتها الثانية من القانون المدنى المصرى .
وهو ما أكدته كثير من فقهاء القانون^(١) كما يجب توافر القصد العمد (نية التضليل ، أو الغرض غير المشروع) . لاعتبار السكوت تدليساً ، ولا شك أن فى ذلك إثباتاً لمسألة نفسية بحتة ، قد يصعب إثباتها للوصول إلى الحكم بالإبطال لتغيب الرضاء ، ويقضى عن ذلك إثبات المشتري حقه فى العلم الكافى ، وإخلال البائع بالالتزام بإعلامه ، وهو أمر ميسور سهل الإثبات.

ويترتب على ذلك أنه لو قدم البائع إلى المشتري المعلومات الصحيحة والكافية عن المبيع فإن رضاء المشتري سيصبح أكثر تنوراً بما يمنعه من الوقوع فى أى غلط ، أو الخضوع لأى تحايل ، يمارس فى مواجهته، لدفعه إلى التعاقد عن غير علم كاف بالحقيقة.

وبذلك يعالج نظام الالتزام بالإعلام ، حالات تعيب الإرادة نتيجة للغلط والتدليس ، حيث ينظر فى سلوك الطرف الآخر ، وبحيث يجب عليه أن يقدم للمتعاقد معه البيانات والمعلومات التى تسمح له بالتعاقد عن علم كاف بالحقيقة^(٢) .

^(١) Michel de JUGLART , l' obligation de renseignement Dans les contrats. Rev. trim, dr, civ, 1945, pp. 3 et s

BocCara, Dol, Silence, et Réticence, Gaz. Pal, 1953, n°24 et 5 p 25.

Lucas de LEYSSAC, article précité, n° 15 pp, 313 et s.

د/ محمود جمال الدين زكى النظرية العامة للالتزامات ف ٨٠ ص ١٤٣ الطبعة الثالثة ١٩٧٨م

د/ جميل الشرفاوى النظرية العامة للالتزامات الكتاب الأول مصادر الالتزام ف ٣٣ ص ١٣٥-١٩٨١م .

^(٢) GHESTIN ET DESCHÊ, op, cit .n° 128, p.140.

ومن ثم فإن أحكام العلم بالمبيع ، تعالج النقص الذي يشاهد عند عدم استيفاء الشرائط المستوجبة لبطلان الرضاء ، بناء على غلط أو تدليس وتكون رافعة لما يلحق المشتري من الأسف والندم ، على ثسراء شيء غير صالح له^(١).

وبصدد نظرية الضمان : نجد أن التزام البائع بالضمان وفقا لعقد البيع يفرض عليه إعلام المشتري عن الوضع القانوني ، والوضع المادي للشيء المبيع *la situation juridique , et matérielle de la chose vendue* وأن يكشف عن التكاليف والارتفاقات *les charges et les servitudes* والعيوب الخفية *les vices cachés* التي تصيب الشيء المبيع وأن يعلم المشتري بها.

فالالتزام بالضمان ما هو في حقيقته إلا التزام يقع على عاتق البائع بإعلام المشتري بأمر تتعلق بالشيء المبيع يترتب على إخلاسه به تخويل المشتري الحق في المطالبة بفسخ العقد والتعويض عن الأضرار التي أصابته ، وهذا ما أكده جانب من الفقه الفرنسي بصدد المادة (١٦٤١) من التقنين المدني الفرنسي والمتعلقة بضمان العيوب الخفية حيث ذهب إلى أن إلزام البائع بضمان العيب الخفي يتضمن بذاته إعلام المشتري بهذا العيب عند إبرام العقد ، كأولى خطوات تنفيذ التزامه بالضمان^(٢) وبحيث يمكن القول إن الالتزام بضمان العيوب الخفية ما هو في حقيقة الأمر إلا التزام بالإعلام بالأوصاف والبيانات الخاصة بالمبيع .^(٣)

^(١) /د/ محمد حلمي عيسى ، عقد البيع المرجع السابق ف ١٠٦٥ ص ٣٣٧- ٣٣٨.

^(٢) GROSS (bernard) la notion d' obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse de doctorat. Nancy, éd L.G.D.G. 1963, n° 204., p 196.

^(٣) BOYER(Y) thèse précitée, N° 186, PP.264 ET 265

ولكن لكي يؤتى هذا الضمان ثمرته في توفير الحماية للمشتري فإنه يجب أن يتوافر فيه شروط معينة ، فمثلاً بالنسبة لضمان العيوب الخفية يجب في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون خفياً غير ظاهر، وأن يكون قديماً وأن يكون جسيماً ، وأن يكون مؤثراً ، وأن يكون غير معلوم للمشتري وقت العقد ، وفقاً للمادة (٤٤٧) مدنى مصرى والمادة (١٦٤١) مدنى فرنسى .

ويلاحظ أنه لا تعارض بين شرط خفاء العيب وشرط عدم العلم به لأن معيار الخفاء موضوعي ، فقد يكون العيب خفياً ومع ذلك يعلمه المشتري فالبائع لا يضمن العيوب التى يعلمها المشتري خفية كانت أو لا، بحسب المعيار الموضوعي^(١) .

ويرتّب على ذلك أن المشتري لا يستطيع المطالبة بالضمان إذا كان العيب ظاهراً إلا إذا أثبت أن الاستعمال الذى كان مخصصاً له الشيء أصبح مستحيلأ أو ناقصاً بسبب العيب^(٢) .

وقد لا يستطيع المشتري إثبات ذلك ، فى حين أنه قد يترتب على استخدام الشيء المبيع بما ينطوى عليه من عيوب ، مخاطر تحينق بالمشتري وهنا يفيد نظام الإعلام الكافى فى معالجة هذا القصور حيث يستطيع المشتري الرجوع على البائع ، مستندأ إلى إخلال هذا الأخير بالتزامه بالإعلام الكافى ، أو الرجوع على منتج السلعة وصانعها لعدم قيامه بواجبه فى اتخاذ الإجراءات المادية الكافية بتوقسى المخاطر أو التقليل منها إلى أقصى حد ممكن^(٣) .

(١) د/ رمزى لريد محمد ميروك ، أسباب سقوط الحق فى ضمان العيب الخفى ، دراسة مقارنة ص ٤١ بحث منشور فى مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة القاهرة ، العدد الثالث ١٩٩٣ م .

(٢) (ALAIN) BÉNABENT, Conformité et vices cachés dans la vente, Dalloz, 1994 , chronique, p 145 n° 4.

(٣) د/ حسن عبد الراسم جعفى، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية فى ٢٥٦ ص ١٩٩ ط ١٤١٤-١٩٩٣ م .

فلم يعد الأمر مقصوراً على إلزام البائع بإظهار العيب أو إعلام المشتري بأن في المبيع عيباً ، بل يجب أن يكون الإعلام كافياً بحيث يشمل ما قد يترتب على العيب من آثار ضارة تخل بالغرض من شراء المبيع.

وبذلك تبدو صعوبة تحقيق الحماية الكافية للمشتري من خلال نظرية ضمان العيوب الخفية ، لصعوبة إثبات شروطها ، وهو النقص الذي يكمله نظام العلم الكافي بالمبيع ، بحيث يغطي مالا تستطيع نظرية ضمان العيوب الخفية شموله.

الفرع الثانى

أهمية العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى

٤٦-تمهيد:

يهدف نظام العلم بالمبيع ، فى الفقه الإسلامى ، إلى تحقيق العديد من الفوائد العظيمة ، والأهداف النبيلة . الدينية منها ، والدنيوية . وتتجلى أهم هذه الفوائد فى تقويم سلوك المتعاقدين ، وتطهير المعاملات بالقضاء على أسباب النزاع والشقاق ، وتنمية روابط المحبة . وتحقيق مصلحة المتعاقدين ، ورفع الضرر والحرص عنهم ، والتأكيد على ضرورة وجود الرضاء التام ، الذى يقيم التعاقد على أساس سليم وأخيراً حماية الطرف الضعيف فى العقد ، وتأكيد الثقة العقدية بين الطرفين .
ونتناول فيما يلى بيان هذه الأهداف والمزايا :

٤٧ - أولاً : تقويم سلوك المتعاقدين :

لكى يتحقق العلم الكافى بالمبيع ، فإنه يجب على البائع أن يتعاون مع المشتري ، وأن يقدم له النصص الواجب ، وأن يخبره بالبيانات والمعلومات الصادقة ، التى تبين مدى ملاءمة المبيع لغرض المشتري من الشراء ، وهو ما يستوجب مراعاة مبادئ الدين القويم ، من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والتعاون على البر والتقوى ، والتناصح بين المسلمين ، ومراعاة الصدق والأمانة ، فضلاً عن ضرورة تجنب الكذب والتدليس ، والغش والخيانة .

فإذا أخل البائع بذلك ولم يخبر المشتري ، بما فى المبيع من العيوب أو الموصفات التى لو علمها لما أقدم على الشراء . فإنه يعد مقترفاً لمعصية

كبيرة ، تجعله آتماً ، لإخلاله بمبادئ الدين الحنيف من أوامر ونواهي ، كما أن عدم إخباره في هذه الحالة ، يعد تدليساً وغشاً منه ، وأكلاً لأموال الناس بالباطل^(١) ، وفي ذلك مخالفة للمبادئ ، التي حرصت الشريعة الإسلامية الغراء على تكريمها بنصوص صريحة ، لتصبح أسس هامة تقوم عليها حياة المسلمين . ومن هذه النصوص . قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين)^(٢) وقوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، واتقوا الله إن الله شديد العقاب)^(٣).

ومن السنة ما رواه الإمام الترمذى عن أبى سعيد عن النبى ﷺ أنه قال : " التاجر الصدوق الأمين مع النبيين ، والصدقين والشهداء " ^(٤).

وأيضاً ما رواه الإمام مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : " من حمل علينا السلاح فليس منا ، ومن غشنا فليس منا " ^(٥) .

و ما رواه الإمام مسلم عن أبى رقية ، تميم بن أوس الدارى ، رضى الله عنه ، أن النبى ﷺ قال : " الدين النصيحة قلنا لمن يا رسول الله ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم " ^(٦) .

ولا شك أن في ذلك مخاطبة للشعور الدينى لدى العاقد ، بما يجعله يفكر ويوازن بين الدنيا والآخرة ، والمعصية والطاعة ، والتعرض لسطط الله ، أو الدخول فى رحمته ، وبين الحلال والحرام ، وبين أكل المال بالباطل والتجارة عن تراض .

^(١) الجوهى شرح المذهب ج ١٢ ص ١١٥ - ١١٨ النيل وشفاء العليل وشرح النيل ج ٨ ص ٤٧٣ .

^(٢) سورة التوبة الآية رقم (١١٩) .

^(٣) سورة المائدة الآية رقم (٢) .

^(٤) رواه الترمذى والدارى : انظر : تحفة الأخرى بشرح جامع الترمذى ج ٤ ص ٣٢١ - ٣٢٢ ط ، ١٤١٥ هـ - ١٩٠٥ . دار الفكر العربى ، سنن الدارمى ج ٢ ص ٦٩٧ - ٦٩٨ ط ، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م ، دار القلم - دمشق .

^(٥) رواه مسلم انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٤٣ .

^(٦) رواه الإمام مسلم انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ٤٩ ، كتاب الإيمان . باب بيان أن الدين النصيحة .

٤٨- ثانيًا : تطهير المعاملات ، بالقضاء على أسباب التنازع

والشقاق، وتنمية روابط المحبة .

نهت الشريعة الإسلامية الغراء عن الجهالة الفاحشة والغرر ، وثبت ذلك بالحديث الشريف الذي رواه الإمام أبو داود ، عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر " (١) ولا غرر أكثر من أن لا يدري البائع أى شئ هو الذى باع ، ولا يدري المشتري ، أى شئ اشترى ، وهذا حرام بلا شك (٢) .

لما يؤدى إليه من أكل أموال الناس بالباطل ، وإثارة الشقاق والتنازع والخصام بينهم ، كما يحول دون التسليم والتسلم .

بما يتنافى مع المقصود الأصلي من البيع ، لأن البياعات ، إنما شرعت للتوصل إلى استيفاء النفوس ، إلى انقضاء آجالها ، والتنازع يفضى إلى التفانى ، فيتناقض (٣) . لذا اشترط الفقهاء العلم الكافى بمحل العقد ، وتهدف الشريعة الممحة من ذلك إلى القضاء على نفثسى الخصومات بين الناس ، وقطع التنازع والشقاق بينهم (٤) .

لأنه لو جاز إبرام التعاقد مع الجهل بمحل العقد ، لأدى ذلك إلى التخلّصم والتنازع بين المتعاقدين ، وهذا ما لا يمكن أن تقره ، مبادئ الشريعة

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود ج ٩ ص ١٨٠ ، نيل الأوطار شرح مفتى الأخبار للتوكاني ج ٦ ص

٢٢٩ ط ، مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢) اخطى للملاحة ابن حزم ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٣) بدائع الصنائع للملاحة الكاساني ج ٦ ص ٣٠٣٨ .

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة ، للشيخ عبد الرحمن الجريدي ج ٢ قسم المعاملات ص ٢١٤ ط . دار الفكر ،

ودار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

الفراء ، التي تحرص على دعم روابط المحبة ، والألفة بين الناس^(١).

٤٩ - ثالثاً ، تحقيق مصلحة المتعاقدين وروخ الضرر والجرع منهم .

حثت الشريعة الإسلامية الفراء ، الطرفين المتعاقدين على التعاون فيما بينهما ، والتزام الصدق والبيان عند الدخول فى التعاقد وتقصّد الشريعة الإسلامية من ذلك تحقيق مصلحة المتعاقدين بعموم الخير والبركة لهما . ويدل على ذلك الحديث الشريف ، الذى رواه الإمام البخارى ، ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى ، عن حكيم بن حزام رضى الله تعالى عنه ، عن النبى ﷺ ، أنه قال : " البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، فإن صدقا وبينا ، بورك لهما فى بيعهما ، وإن كذبا ، وكتما محقت بركة بيعهما " وهذا اللفظ للبخارى^(٢).

وجه الدلالة : يدل الحديث على أهمية التعاون بين الطرفين ، بالصدق والبيان عند التعاقد ، لتحقيق النفع والبركة لهما فيما يحصل عليه كل منهما بالعقد ، وأن الكذب والكتمان يحققا هذه البركة .

وإذا كان من شأن الجهل بالمبيع ، أن يجعل العقد على خطر العدم ، بإلحداره بالقسخ لعدم العلم بالمحل ، فإن من شأن الصدق والبيان ، تحقيق العلم الصحيح الكافى ، بما يؤدى إلى استقرار التعامل ، وفى ذلك مصلحة ظاهرة لكلا المتعاقدين فى الانتفاع بما حصل عليه بالعقد .

وإذا ترتب على كتمان البيانات أو الكذب فيها ضرر أصاب أحد المتعاقدين فإن الشريعة الإسلامية ، قررت للشخص المضروب الحق فى التخلص من

^(١) استاذنا الدكتور / أنور محمود دبور : نظام استغلال الأراضي الزراعية فى الشريعة الإسلامية ، دراسة

مقارنة بالقوانين الوضعية رسالة دكتوراه ، الجزء الأول عقد الإيجار ص ٢٢١ ط ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م ، دار الطائفة العربية .

^(٢) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ج ٤ ص ٣٨٥ ، ط ، أولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ ، دار الريان

للتراث القاهرة ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢٤٩ .

العقد بفسخه ، رفعا للضرر عنه ، إعمالا للقاعدة الفقهية ، "الضرر يزال" وهي المأخوذة من الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " (١) .
لأن التعاقد شرع كوسيلة لتحقيق النفع والفائدة للمتعاقدين ، لا لإلحاق الضرر بهم .

٥- رابعا ، التأكيد على ضرورة وجود الرضاء التام . الذي يقيمو التعاقد على أساسه .

يعتبر الرضاء هو الدعامة الكبرى التي يقوم عليها التعاقد ، وتخلفه يؤدي إلى تقويض العقد من أصله . ولذلك استلزم الشرع الحكيم ، قيام البيع على أساس الرضاء التام . فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٢) . وروى أبو سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال : " إنما البيع عن تراض " (٣) .

ولكى يتحقق هذا الرضاء التام ، فلا بد من العلم الكافي بالمبيع ، لأن الرضاء بالمجهول لا يتصور . فقد جاء في بدائع الصنائع للعلامة الكاساني : " إن الرضاء شرط البيع ، والرضاء لا يتعلق إلا بمعلوم " (٤) .
وجاء فيه أيضاً : أن جهالة الوصف تؤثر في الرضاء فتوجب خللاً فيه واختلال الرضاء في البيع يوجب الخيار " (٥) .

وجاء في شرح العناية على الهداية : " وتمام الرضاء لا يتحقق إلا بالعلم

(١) رواه ابن ماجه انظر: سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ : مطبعة إحياء الكتب العربية فيصل الحلي .

(٢) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٣) رواه ابن حبان النظم: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ج ١١ ص ٣٤٠ - ٣٤١ مؤسسة الرسالة ط

أول ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٣٨ .

(٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٦٠ .

باوصاف المبيع " (١). وجاء في المحلى : " وبضرورة الحس يدرك كل أحد أن التراضي لا يمكن البتة إلا في معلوم متميز " (٢). وبذلك يحقق العلم الكافي بالمبيع الرضاء التام ، ويجعل التعاقد قائماً على أساس سليم .
٥١- .خامساً ، حماية الطرف الضعيف في العقد . وتأكيده الثقة العقدية بين الطرفين .

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء ، على حماية الطرف الضعيف ففى عقد البيع ، وهو من لا خبرة له ولا دراية بالمبايعة فأوجب على الطرف الآخر نصحه وإعلامه ، بما يرفع عنه الغبن ، ويحقق لديه الرضاء التام . والمسترسل فى نظر الفقه الإسلامى يعتبر طرفاً ضعيفاً فى العقد . ويقصد بالمعترسل فى اللغة : اسم فاعل من استرسل ، إذا اطمأن واستأنس . واسترسل إليه أى أنبسط واستأنس واسترسل به وثق (٣) . وفى اصطلاح الفقهاء : عرفه المالكية بأنه : المستسلم لبياعه (٤) . وعرفه الحنابلة بأنه : الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . كما عرفوه أيضاً بأنه : الذى لا يحسن أن يماكس ، وفى لفظ ، الذى لا يماكس . فكأنه استرسل إلى البائع ، فأخذ ما أعطاه ، من غير مأكسة ، ولا معرفة بقبلة (٥) . وغبن المعترسل ، إنما حصل بسبب جهلة بالمبيع ، وعدم الخبرة بالمبايعة . خلافاً لغير المعترسل ، فقد دخل على بصيرة ، فهو كالعالم بالعيب (٦) .

(١) شرح العناية للعلامة الجابرى على الهداية للعلامة المرغينانى ج ٥ ص ١٤٠ .

(٢) المحلى للعلامة ابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥ .

(٣) للمعجم الوسيط ج ١ ص ٣٥٦ مادة "وسل" ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ .

(٤) مواهب الجليل للعلامة الخطاب ج ٤ ص ٤٧١ .

(٥) الشرح الكبير على متن المقنع مع المتن ج ٤ ص ٧٩ ، والمفنى ج ٤ ص ٩١-٩٢ ، البدع لى شرح المقنع ج ٤

ص ٧٩ .

(٦) الشرح الكبير مع المتن ج ٤ ص ٧٩ ، والمفنى ج ٤ ص ٩١ .

وفى هذا البيع يكشف العاقد عن خبيثة نفسه ، ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يستأمن المتعامل معه ، ويستنصحه ، ويستمرسل إلى نصحه ، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري ، بما تبيع الناس ، أو تشتري به ^(١) .

وفى هذه الحالة يجب على البائع أن يقدم إلى المشتري - المستمرسل والجاهل بحقيقة المبيع - كافة المعلومات ، والنصائح التى تبين له حقيقة المبيع ، بما يرفع عنه الغبن ، ويحقق لديه الرضاء الصحيح التام .

فإذا أخل البائع بذلك ، ثبت للمشتري - المستمرسل - الحق فى فسخ البيع ، ورد المبيع . وذلك للحديث الشريف الذى رواه الإمام البيهقى عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه ، عن النبى ﷺ أنه قال : " غبن المستمرسل ربا " ^(٢) .

والربا ظلم يجب رفعه عن العاقد ، ويكون ذلك بإثبات الخيار له . ولا شك فى أن إلزام البائع ، بإعلام ونصح المستمرسل ، الذى وثق به واستسلم إليه ، واستنصحه . تأكيد للثقة العقدية ، بين البائع والمشتري ، وتحقيق للمساواة بينهما فى العلم والمعرفة بصدد محل التعاقد ، الأمر الذى يعيد إلى العقد توازنه .

^(١) د/ محمد حلمى السيد عيسى . التلخيص وآثره فى عقود المعاوضات : الرسالة السابقة ص ١٩٦ .

^(٢) رواه البيهقى . انظر : السنن الكبرى للبيهقى ج ٥ ص ٣٤٩ ط ، أولى مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد - الهند .

الفرع الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي بخصوص أهمية

العلم الكافي بالمبيع

٥٣- يتضح ما تقدم أن نظام العلم الكافي بالمبيع ، يحقق فوائد هامة ، فى القانون المدنى والشرعية الإسلامية من الناحيتين : المادية والأخلاقية وإن كانت هذه الأخيرة تبرز بوضوح فى الفقه الإسلامى عنها فى القانون.

- فمن الناحية المادية النفعية ،

يفيد نظام العلم الكافي فى القانون المدنى ، فى حماية رضاء المشتري حتى يكون حراً مستقراً ، ويحقق التوازن فى المراكز العقدية من خلال المساواة فى العلم والمعرفة بين المتعاقدين ، ويضمن للمشتري السلامة الجسدية والمادية ، لحصوله على المعلومات إلى تمكنه من حسن الانتفاع بالمبيع ، وتجنبه أضراره ، كما يفيد نظام العلم الكافي بالمبيع فى توفير الحماية الكافية للمشتري .

وهذه الفوائد تتحقق كذلك فى ظل نظام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى حيث أكد الفقهاء على ضرورة أن يكون العلم محققاً للرضاء التام ، لدى المشتري ، وأن هذا العلم يهدف إلى تحقيق التوازن بين الطرفين والمساواة بينهما فى العلم والمعرفة من خلال إلزام الطرف الذى يعلم ، بنصح وإعلام الطرف الجاهل والضعيف فى العقد لقلة خبرته وعدم درايته بالمبايعة- كالمسترسل - فى ذلك تحقيق للثقة العقدية بين الطرفين، وإعادة التوازن العقدى إلى نصابه وأن نظام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين ، وشمول الخير والبركة لهما، كما يمنع من لحوق الضرر بالمتعاقدين .

- ومن الذخيرة الأخلاقية :

على الصعيد القانوني : يفيد تقرير نظام العلم الكافي بالمبيع فى إدخال القواعد الخلقية فى نطاق الالتزامات القانونية . بمراعاة مبدأ حسن النية فى إبرام العقد ، وفى تنفيذه ، بما يستوجبه من تعاون بين الطرفين ، يقوم على أساس الصدق والأمانة .

وفى الفقه الإسلامى : يبرز هذا الجانب الخلقى بدرجة كبيرة ، حيث يهدف نظام العلم الكافي فى الفقه الإسلامى إلى تقويم سلوك المتعاقد ، وإلزامه بمراعاة مبادئ الدين القويم ، والتمسك بالأخلاق الحميدة ، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والصدق والأمانة ، والتعاون على الخير ، والتناصح وتجنب الغش والتدليس والكذب والخيانة ، فإن خالف البائع فى ذلك أعتبر عاصياً ويأثم ، بما يستحق من العقاب الأخرى ، كما يثبت للمشتري الحق فى اختيار فسخ العقد .

ويتميز نظام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى ، بكونه يهدف إلى تطهير المعاملات من الجهالة الفاحشة والغرر ، المسببين للنزاع والخصام ، وإفساد حياة الناس .

ويدعو إلى تنمية روابط الألفة والمحبة بين الناس ، بما يساعد على زيادة الرزق وشمول البركة للجميع ، وبذلك يتحقق للمجتمع ازدهاره ، وتقدمه .

المبحث الثاني

التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافي به

٥٣- تمهيد وتقسيم :

نتناول بيان القواعد والأحكام المتعلقة بتعيين المبيع ثم نفرق بينها وبين الأحكام الخاصة بالعلم الكافي بالمبيع في القانون المدني .
كما نتعرض لبيان هذه القواعد وتلك الأحكام في الفقه الإسلامي ثم نعقد مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي في شأن هذه الأحكام .
ونبين ذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في القانون المدني .
المطلب الثاني : الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في الفقه الإسلامي .
المطلب الثالث : مقارنة .

المطلب الأول

الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في القانون

المدني

٥٤- تمهيد وتقسيم :

إظهار الفروق الجوهرية بين تعيين المبيع ، أو قابليته للتعيين ، وبين العلم الكافي بالمبيع ، يتطلب بيان القواعد والأحكام المتعلقة بتعيين المبيع ، حتى يمكن المقارنة بينها وبين الأحكام الخاصة بالعلم الكافي بالمبيع ، فتتضح الفروق الجوهرية بينهما .

ومن ثم نتناول فيما يلي بيان الأحكام العامة لتعيين المبيع في القانون المدني ، ثم نفرق بينها وبين أحكام العلم بالمبيع .
وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : الأحكام العامة لتعيين المبيع في القانون المدني .
الفرع الثاني : أهم الفروق بين أحكام تعيين المبيع وأحكام العلم الكافي بالمبيع .

الفرع الأول

الأحكام العامة لتعيين المبيع في القانون المدني

٥٥- تمهيد :

لا تخرج نواحد وأحكام تعيين المبيع عن القواعد العامة في نظرية الالتزام والتي تتطلب أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً كافياً وفقاً لما نصت عليه المادة (١٣٣) من القانون المدني المصري بأنه :

١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً.

٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط ، إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزام المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط* .

وهذه القواعد يمكن استخلاصها من القانون الفرنسي ، وفقاً لما نصت عليه المادة (١٥٨٣) والتي توجب اتفاق الطرفين على الشيء المبيع والتمن ، والمادة (١١٠٨) الخاصة بالشروط الأساسية لصحة الاتفاقات والتي تتطلب توافر أربعة شروط من بينها ، ضرورة أن يكون محل الالتزام معيناً ، وكذلك المادة (١١٢٩) في فقرتها الأولى ، والتي تتطلب أن يكون محل الالتزام معيناً على الأكل بنوعه *à son espèce* ، وفقرتها الثانية ، التي أجازت أن يكون مقدار الشيء غير معين بشرط أن يمكن تعيينه أى يكون قابلاً للتعيين .

وتتناول فيما يلي بيان هذه الأحكام على النحو التالي :

٥٦- وجوب تعيين المبيع :

يجب لدى بصر عقد البيع أن يكون الشيء المبيع معيّناً تعيناً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة ، بحيث ينصب تراضى البائع والمشتري واتفاقهما على الشيء المبيع^(١) . فلا ينعقد البيع إذا اتجهت نية أحد المتعاقدين إلى شراء شيء ، واتجهت نية الآخر ، إلى بيع شيء مختلف عما قصد الأول شراؤه^(٢).

- المقصود بتعيين المبيع : La détermination

يقصد بتعيين المبيع بيان أوصافه المميزة له عن غيره وتقديره ، بالكيل أو الوزن ، أو العدد ، أو المقاس . بما يؤدي إلى تحديده ، ويحول دون خلطه بشيء آخر^(٣).

- وقت تعيين المبيع :

يجب أن يتم تعيين المبيع وقت إبرام العقد وذلك بالاتفاق بين طرفي العقد ، وسواء تم هذا الاتفاق بالإرادة الصريحة ، أم بالإرادة الضمنية للطرفين^(٤).

(١) (iuc) BIHL, Ventes Commerciales, Encyclopédi . Dalloz. rép. D. Com. T.V. n° 202, P16.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق ف ٢٧٤ ص ١٩٧.

(٣) د/ الزود يحيى المرجع السابق ص ٤٩ .

د/ محمد ليب شب و د/ مجدى صبرى خليل المرجع السابق ف ٤٤ مكرر ص ٧٤،

د/ محمد الزحيلي . العقود المسماة البيع المقايضة الإيجار ص ١٠٥ ط . دار الكتاب . دمشق ١٤١٠ هـ

١٩٨٩م

(٤) MAZEAUD et CHABAS. OP, Cit. N° 845 p125,
MALINVERNI (pierre) les conditions générales de vente et les
contrats – types, des chambres syndicales – thèse de doctorat, paris II, 1977, n° 168,317.

د / حسام الدين كامل الأهواني . النظرية العامة للالتزام الجزء الأول . مصادر الالتزام ف ٢٤٢ ص ١٩٨ ط الثانية ١٩٩٥م.

ويجب أن يشمل التعيين على وصف لحالة المبيع وقت البيع بحيث يقوم البائع - وقت البيع - بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة العين المباعة ، وتعيين حدودها وما عليها من حقوق وتكاليف ، وبيان مشتقاتها ودرجة جودتها ، وغير ذلك من الأمور التي من شأنها تعيين حالة المبيع^(١).

- التعيين الصريح والتعيين الضمني:

إذا كان الأصل في تعيين المبيع أن يكون صريحاً . فإنه يكفي أن يتم التعيين بطريقه ضمنية ، ولا يلزم أن يذكر التعيين في العقد ، متى كانت ظروف التعاقد تؤدي إلى هذا التعيين بلا لبس أو غموض^(٢) . فمثلاً إذا قال شخص لآخر أبيعك منزلي ، فقبل الآخر ، وكان معلوماً للطرفين أن البائع لا يملك إلا هذا المنزل فقط . فهذا يعتبر تعييناً ضمناً ، يستفاد من ظروف الحال.

ولذلك يكفي لتوافر التعيين اللزم أن يكون المبيع معيناً في ذهنى العقدين وقت التراضي ، حتى ولو لم يرد التحديد في المحرر المثبت للعقد ، كما أن الخطأ المادي في التحديد الذي يسهل كشفه ، لا يعيب الإرادة ولا توافر التعيين اللزم للمبيع^(٣).

٥٧- نهاية القابلية للتعيين ،

إذا لم يكن المبيع معيناً في العقد ، فيجب أن يكون على الأقل ، قابلاً للتعيين^(٤) déterminable . بأن يتضمن العقد بياناً بالأسم التي يتم بمقتضاها تعيين المبيع في المستقبل^(٥).

(١) د/ عبد الرزاق السهروري المرجع السابق ج٤ ف ٢٩٤ ص ٥٦٠ .

(٢) د/ عبد الوود يحيى المرجع السابق ص ٣٣ ،

د/ حسام الدين كامل الأحراني ، عقد البيع ف ٢٦٤ ص ١٩٧ ومصادر الالتزام ف ٢٤٣ ص ١٩٩ .

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٥٥ ص ٨٥ ،

د/ حسام الأحراني عقد البيع ف ٢٦٤ ص ١٩٧ .

(٤) (GUY) RAYMOND, Contrat de vente. Conclusion, Exécution, Contentieux " Ce qu'il vous faut savoir " 1er, éd, paris 1975, P.H.5.,

F.Collart et ph, Delebecque. Op.Cit n° 132, P.114., Cass 3e Civ, 2 Juillet 1997, R.J.D.A . 4 / 97, n° 1327, P.910.

(٥) د/ حسام الدين الأحراني مصادر الالتزام ف ٢٤٢ ص ١٩٨ .

وهو ما يستفاد من نص المادة (١٣٣) مدنى مصرى فى فقرتها الثانية
والمادة (١١٢٩) مدنى فرنسى فى فقرتها الثانية أيضاً.

- **التعيين يشمل الشيء والحق الوارد عليه ،**

إذا كان البيع يرد على الحق الوارد على الشيء ، فإنه يجب أن يتم
تعيين كل من الحق والشيء^(١). ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان المبيع
حقاً شخصياً أم حقاً عينياً .

- **تعيين الحق الشخصى ،**

يتم تعيين الحق الشخصى عن طريق تحديد محله ، وتحديد شخص
كل من الدائن والمدين ، ويمكن أن يكون الحق الشخصى قابلاً للتعيين
كما لو باع شخص إلى آخر الحق فى التعويض الذى يثبت له على أثر
حادث معين ، وفى هذا الغرض يكفى ذكر الحادثة مصدر الحق، حتى يعتبر
المبيع قابلاً للتعيين^(٢) .

- **تعيين الحق العينى،**

يتم تعيين الحق العينى عن طريق تحديد ماهيته ، حق ملكية -
شائعة أو مفزعة - أو حق انتفاع أو حق ارتفاق ، كما يجب تعيين الشيء
الذى يرد عليه الحق تعييناً دقيقاً ، فإذا كان الحق العينى حق ملكية
فالغالب أن يكتفى بتعيين الشيء الذى يرد عليه^(٣) ، ويقع التعيين على
طبيعة للشيء وصفاته^(٤) .

(١) د/ حسام الدين الأهواى، عقد البيع ف ٢٦٤ ص ١٩٧.

(٢) د/ جيس عطر ، المرجع السابق ف ٥٠ ص ٨٥ .

د/ حسام الدين الأهواى، عقد البيع ف ٢٦٤ ص ١٩٧.

د/ محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ص ١٦٩-١٦٨.

(٣) د/ حسام الدين الأهواى، المرجع السابق ف ٢٦٤ ص ١٩٧.

د/ جيس عطر المرجع السابق ف ٥٠ ص ٨٥.

- تعيين الأشياء القيمة :

الشيء القيمي هو الذي يعين بذاته ، ويتميز عن غيره بصفات خاصة تعينه تعيناً ذاتياً ، فلا يقوم غيره مقامه عند الوفاء كالعقارات بوجه عام والمخطوطات الأصلية ، وكل شئ ينظر فيه إلى وصف ذاتي يميزه عن غيره^(١) . ومن ثم فإنه يجب أن يعين الشيء القيمي بذاته تعيناً دقيقاً بأن يوصف وصفاً يبين مشتملاته ، ويوضح خصائصه^(٢) . ويختلف تعيين الشيء القيمي بحسب ما إذا كان منقولاً ، أم عقاراً .

- تعيين المنقول : meuble

إذا كان المبيع منقولاً فإنه يتعين ببيان صفاته وخصائصه المميزة له والتي تحول دون خلطه بأشياء أخرى^(٣) . ويجب أن يتم وصفه وصفاً دقيقاً يرفع عنه الجهالة الفاحشة ، فمثلاً: إذا كان المبيع حصاناً ، فإنه يجب بيان عمره ولونه وسلالته ، وإذا كان آلة ميكانيكية ، يجب بيان نوعها ، وأوصافها المميزة لبها ، وإذا كان سيارة فإنه يتعين ببيان ماركتها ورقمها ولونها وسنة صنعها^(٤) .

- تعيين العقار : immeuble

إذا كان المبيع عقاراً ، فإنه يتعين عن طريق وصفه بما يوضح معالمه ، ويبين حدوده ، فمثلاً : إذا كان المبيع داراً فإنه يجب بيان موقعها ، وذكر أوصافها ، التي تميزها عن الدور الأخرى ، وإذا كان المبيع أرضاً ، فإنه يتعين ببيان رقمها المساحي والحوض والجهة التي توجد فيها ، وذكر حدودها الأربعة^(٥) .

^(١) د/ سليمان مرتضى ، الالتزامات ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، المرجع السابق في ١٤٦ ص ٢٦٩ .

^(٢) Collart et delebecque, op, Cit, n° 132 - p.114.

^(٣) د/ حسام الدين الأمواني . عقد البيع في ٢٦٥ ص ١٩٨ .

^(٤) د/ عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق ج ١ في ٢٢٣ ص ٣٨٨ ، وج ٤ في ١١٧ ص ٢٢٥ . د/

عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي في ٢٠١ ص ٤٢٠ ، ط ١٩٨٤ م .

^(٥) د/ عبد الرزاق السهوري ج ٤ في ١١٧ ص ٢٢٥ ، د/ خيس خضر المرجع السابق ، في ٥٠ ص ٨٥ .

وقد تطلب القضاء المصرى تعيين ذاتية الشيء القيمى صراحة أو ضمناً فقرر أنه : " إذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه ، سواء بوصفه فى العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة ، أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ، ومن الكيفية التى تم بها تنفيذها له ^(١) .

تعيين الأشياء المثلية ،

عرفت المادة (٨٥) من القانون المدنى المصرى ، الأشياء المثلية بأنها : " هى الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس ، بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن " .
وتعين الأشياء المثلية يبين جنسها ونوعها ومقدارها ، ويحدد المقدير بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس ، حسب المادة (١٣٣) فى فقرتها الأولى من القانون المدنى المصرى . والمادة (١١٢٩) فى فقرتها الأولى من التقنين المدنى الفرنسى .

ومثال تعيين الأشياء المثلية ، بنوعها ، ومقدارها ، وصنفها (درجة جودتها) . أن يتم البيع على مائة إردب من القمح الأسترالى من الصنف الجيد ، أو ثلاثون قنطاراً من القطن الأشمونى ، طويل التيلة ، أو مائة كيلو جرام من الأرز المصرى درجة ٢٣ قنطاراً ، أو عشرة أمطار من صوف المحلة الكبرى ، أو يتم البيع على خمسون بيضة فيومى .

ويلاحظ ، أن تعيين الأشياء المثلية بنوعها ومقدارها وصنفها ، يختلف من حيث أثره على صحة العقد ، باختلاف هذه الأمور الثلاثة ، فبينما نجد أن التعيين بالنوع ضرورى ، بحيث إذا لم يحصل أو لم يمكن الوصول إليه

^(١) نقض مدنى مصرى ٢٠ مايو ١٩٨٩ م ، مجموعة الفرائد المدنية ، السنة ٥٢ ق . جـ ١ ص ٥٧٨ ، قاعدة

بشكل قاطع ، من ظروف العقد ، أعتبر المحل غير معين ووقع العقد بالتالي باطلاً^(١) . وأن التعيين بالمقدار وإن كان لازماً بدوره بحيث يجب أن يكون قابلاً للتعيين في ضوء ظروف العقد وملابساته^(٢) أو إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار فيما بعد ، حسب نص المادة (١٣٣) في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٢٩) في فقرتها الثانية من التقنين المدني الفرنسي . ومثال ذلك : إذا تعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى أو مدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية ، وإن لم يحدد في العقد ، فإنه قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة^(٣) .

والتعيين الكامل للمبيع المثلي يستلزم تعيين صفه أو درجة جودته ككونه من الصنف الممتاز أو الجيد مثلاً^(٤) إلا إن عدم حصول هذا التعيين لا يؤثر في قيام العقد^(٥) ، لأنه إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي ظرف آخر من ظروف التعاقد ، فإنه في هذه الحالة يلتزم المدين (البائع) بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، وفقاً للمادة (١٣٣) في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري .

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كان الأصل في التعيين بالنوع أن يكون في المنقول لا في العقار ، حيث يجب تعيين العقار بذاته - لأنه لا يقوم عادة

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى . نظرية العقد والإرادة المنفردة ، المرجع السابق ف٢٠١ - ٤٢٠ .

^(٢) Cass 3e Civ, 2 Juillet, 1997, R.J.D.A, 1/ 97, n° 1327 p910.,
Cass Com, 22 Juin 1994, R.J.D.A, 1/94, n° 14.

^(٣) د/ عبد الرزاق السورى المرجع السابق ج١ ف٢٢٣ ص٣٨٨ ، وجـ ٤ ف١١٧ ص٢٢٥ - ٢٢٦ .

^(٤) د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق ف٦٤ ص٩٨ ،

د/ سليمان مرقص نظرية العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق ف١٤٧ ص٢٧ .

^(٥) د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ف٢٠١ ص٤٢٠ - ٤٢١ .

عقار مقام عقار آخر عند الوفاء - إلا إنه استثناءً من ذلك أجاز بعض الفقه والقضاء الفرنسيين أن يعين العقار بنوعه ، ومثال ذلك حالة بيع ألفين متر تأخذ من قطعة أرض كبيرة معينة يملكها البائع ، فإن البيع فى هذه الحالة يعتبر بيعاً عقارياً لشيء معين بالتنوع ، ويكون المبيع قابلاً للتعين وقت التعاقد^(١) .

وإذا كان المبيع شيئاً مستقبلاً ، فإنه كما يعين بالتنوع ، قد يعين كذلك بالذات ، فمثلاً : التعاقد على شراء سيارة من موديل معين ، وبمواصفات محددة من إنتاج العام القادم ، يعتبر بيعاً لشيء مستقبل ، ومعين بالتنوع فيجب الإفراز بعد الوجود لانتقال الملكية . ولكن إذا كان المبيع شقة فى عمارة تحت التشييد ، وتم تحديد موقع البناء وكافة مواصفاته والدور ورقم الشقة ، فإن البيع يرد على شيء مستقبل يكون المبيع فيه معيناً بالذات ، فلا يحتاج للإفراز قبل التسجيل لانتقال الملكية^(٢) .

فإذا لم يتم تعيين المبيع فى العقد على النحو السابق ، ولم يتضمن العقد بياناً بالأسس التى يتم بمقتضاها التعيين فى المستقبل ، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وفقاً لنص المادة (١٣٣) مدنى مصرى فى فقرتها الأولى ، فالتعيين ، أو القابلية للتعيين ، أمر لازم لا يصح البيع بدونه . وطريقه تعيين المبيع ، تترك لتقدير الطرفين المتعاقدين^(٣) .

٥٨- طرق وسائل تعيين المبيع ،

تتمثل طرق تعيين المبيع فيما يلى:

(١) Collart et Delebecque op, Cit, n° 132, P.114 ., Cass Civ,3 e ch,2 juillet 1997, précité, De même, Cais 3e Civ, 15 Février 1984: Bull.Civ. III n° 41 p31, D1984, inf,Rap,p.272., De même, Cass 3e Civ, 17 Juillet 1968: Bull. Civ III n° 354 p272, R.T.D. civ. 1969, P. 147. Obs. Gérard Cornu.

(٢) د/ حاتم النين كامل الأحران عقد البيع ف٢٦٥ ص١٩٩ ، ومصادر الالتزام ف٢١٣ ص١٩٩ .

(٣) (Guy) RAYMOND, op. Cit, P. H5 .

١- إحصاء وذكر مواصفات ، وخصائص المبيع التي تميزه عن غيره
يعتبر المبيع معيناً إذا تم حصر ، وذكر مواصفاته وخصائصه التي تميزه
عن غيره ، وبالتالي ترفع منه الجهالة الفاحشة على أن يتم حصر هذه
المواصفات في التصرف بالبائع فإذا كان البيع عن بعد أو تم بطريق
المراسلة ، كما لو تم البيع عن طريق إرسال كتالوجات أو كتيبات أو
كشوف إيضاحية ، ففي هذه الحالة يجب أن تتضمن هذه المستندات
البيانات الكافية التي توضح كافة مواصفات المبيع^(١).

ويجب أن يكون الشيء مطابقاً في مواصفاته ، للبيانات المقدمة في
الكتالوجات بواسطة البائع^(٢) كما أن البائع يكون ملزماً بالإعلان الذي
قدمه عن المنتج المبيع ، بحيث يجب أن يحوى الشيء الصفات الموعود بها
في الإعلان ، وإلا سيعتبر إعلاناً مضللاً ويقع تحت طائلة المادة (٢٤) من
التشريع الفرنسي الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣م^(٣).

٢- تقديم عينة من المبيع *Vente sur échantillon*

عندما يتم البيع على أساس عينة يقبلها المشتري ، على أن يكون
المبيع مطابقاً لها ، فإن هذه العينة تعتبر وسيلة لتعيين المبيع ، لأنها
تسمح بالتحقق من مطابقة المواصفات الموعود بها للمواصفات المسلمة
ومن ثم فإن السلعة المسلمة يجب أن تكون مطابقة تماماً للعينة المستند
إليها ، وهو ما يجب توضيحه في العقد^(٤).

والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه ، فهي المبيع مصغراً وبمضاهات
المبيع على العينة ، يتبين ما إذا كان البائع قد نفذ التزامه بتنفيذاً سليماً

^(١) (Guy) RAYMOND. Ibid, p.H6.

^(٢) (Jean - jacques), BARBIERI, Contrats Civils, Contrats Commerciaux, paris 1995, P. 41.

^(٣) (Iuc) Bhl, op. Cit, n° 312 p150.

^(٤) Collart, et Delebecque. Op. Cit, n° 134 p 116

(GUY) RAYMOND- OP. Cit P. H 6, jacques BARBIERI OP. Cit, P. 41.

فيما يتطرق بجنس المبيع ، ونوعه وجودته ، وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في الوقت ذاته تغني عن رؤية المبيع ، إذ أن المشتري برؤية العينة يكون في حكم من رأى المبيع^(١) .

٣- البيع بالجزأف Vente en bloc

ماهيته : هو البيع الذي يقع على جملة أشياء توجد في مكان معين^(٢) . وهي في حقيقتها أشياء مثلية يتم تسليمها تحت شكل مجموعة أو كتلة مفرزة ، كبيع محصول قمح في مخزنه ، أو محصول أرز في حفله قبل الحصاد^(٣) Sur pied

النظام القانوني للبيع بالجزأف Régime Juridique

البيع بالجزأف يعتبر طريقة لتعيين المبيع لأن المبيع جزأفاً يتعين بالإشارة إلى المكان الذي يوجد فيه ، فيكون لموقع السلعة ومحلها دور في تعيينها، بحيث يعتبر بيع الجزأف في هذه الحالة ، كبيع الشيء القيمسي المعين بالذات وفقاً للمادة (١٢١٧) مدني فرنسي^(٤) ، لأنه لا يلزم فيه الإفراز لتحديد ذاتيته ، فهو مفرز لأنه كل ما توجد من أشياء في مكان معين .

ولذلك فإن البيع يعتبر جزأفاً إذا شمل كل ما لدى البائع ، كما إذا باع مصنع سكر ، كل ما في مخزنه من السكر ، أو باع مصنع للزيوت كل ما

^(١) د/ عبد الرزاق السهروري ، المرجع السابق ج٤ ف ١٢٤ ص٢٣٦ .

^(٢) (MARCEL) PLANIOL et (Georges) Ripert et (Joseph) HAMEL, traité - pratique de droit Civil français, t,X, Contrats Civils 2e. Éd, L.G.D.J, Paris 1956 n° 299 p372, Encyclopédi, D,T.V. Vente, n° 843.

^(٣) (Louis) Lorvellec, Vente en bloc , Vente au poids, ou Compte ou à la mesuré, juris- classeur. Civil, art. 1387 à 1601-4e éd ,1992, n° 8 p3.

^(٤) (luc) Bhiil. Op. Cit, n° 306 p 147

(jean - jacques) BARBIERI, OP. Cit, p41.

في مستودعه من الزيوت ، بل قد يكون البيع جزافاً حتى ولو اقتصر على بعض الكمية فقط ، كما لو باعه نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن^(١) .

وإذا تبين أن ما بالمخزن أقل أو أكثر مما كان في تخمين البائع والمشتري ، فهذه مسألة تتعلق بضمان قدر المبيع ، لا بطريقة عينية^(٢) . فذكر الكمية هنا معناه أن البائع هنا ضامن لقدر المبيع ، ويعتبر مسئولاً إذا اتضح عجزه عن هذا القدر ، كما يجوز له في بعض الأحوال المطالبة بزيادة الثمن إذا ظهر له زيادة المبيع . وذلك وفقاً لأحكام المادتين (٤٣٣ و ٤٣٤) من القانون المدني المصري .

والمبيع يعتبر جزافاً ما دام المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير ولو احتاج الثمن نفسه إلى التقدير ، فيعتبر البيع جزافاً ولو تم على أساس أن يحصل عد أو وزن أو مقياس ، إذا كان المراد من ذلك تعيين مجموع الثمن ، فمثلاً: إذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الإردب مائة جنيه ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير ، فهو كل القمح الذى فى المخزن ، وإن احتاج الثمن إلى تقدير ، لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الإردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ، ليعرف مقداره ، وهو ما علقه المادة (٤٢٩) مدنى مصرى ، حيث نصت على أن : " البيع يعتبر جزافاً ولو كان تحديد الثمن ، موقوفاً على تقدير المبيع " . إذا العبرة فى بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً ، أو احتاج إلى تقدير^(٣) .

(١) PLANIOL et RIPERT, et HAMEL, op. Cit, t.x, n° 299, pp372 et 373.
BAUDRY-LACANTINERIE et (lco) SAIGNAT. Traité théorique et pratique, Droit Civil , de la vente et de l' échange, 2e. éd, paris 1900, n° 153.

(٢) د/ عبد الصاصر المطار . المرجع السابق ف٢٠ ص٤١ ،

د/ محمد نصر الدين منصور المرجع السابق ص١٧٠ .

(٣) د/ عبد الرزاق البهزوى ، المرجع السابق ج٤ ف١١٩ ص٢٣٠ .

كل ذلك بشرط تعيين المكان الذي يحوى المبيع تعييناً كافياً نافياً للجهالة^(١).

ويعتبر بيع الجزاف تاماً بمجرد إبرام العقد ، دون حاجة إلى الوزن أو العد أو المقاس ، ومن ثم تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري منذ إبرام العقد ويتحمل المشتري المخاطر كذلك منذ ذلك الوقت ، وفقاً للمادة (١٥٨٣) مدنى فرنسى^(٢)

فمثلاً : إذا اشترى قصاباً اثنتا عشرة بقرة جزافاً ، على أن يحدد الثمن بالكيلو بعد الذبح ، فإذا مات إحدى هذه الدواب فى المجزى قبل عملية الوزن فإنه يقع على مسئوليته^(٣) .

فعملية العد أو الوزن أو المقاس ، تستخدم لتحديد الثمن الإجمالى فى البيع جزافاً ، لا لتعيين المبيع ، لأنه معين بالذات^(٤) .

مع مراعاة أن القاعدة التى أقرتها المادة (١٥٨٣) من القانون المدنى الفرنسى ، تعتبر مكملة لإرادة الطرفين ، فيجوز الاتفاق على خلافها^(٥).

٤- البيع بالتقدير ،

ماهيته : هو البيع الذى تعتبر فيه عملية العد أو الوزن أو المقاس ضرورية لتعيين مقدار الشيء المبيع ، وطريقة حساب الثمن فيه غير مهمة ، حيث يمكن أن تكون إجمالاً ، كما يمكن أن تكون على أساس الوحدة^(٦) .

نظامه القانونى : تعتبر فيه عملية العد أو الوزن أو المقاس ضرورية لنقل الملكية والمخاطر إلى المشتري .

^(١) د/ محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ص ١٧٠ .

^(٢) (LUC) Bihl . op. Cit , n° 306 , p.147.,

louis LORVELLEC , Jur. Cl Civ, précité , n° 23 p5

^(٣) (luc) Bihl. Op. cit , n° 306 p147., Cass civ, 1er Février 1983- J.C.P 1983. 1V .p.125.

^(٤) (louis) lorvellec. Jur. Cl Civ, précité n° 13 p.4.

^(٥) (luc) Bihl , op. cit, n° 306 p 147, L. Loavellec, Jur cl Civ, précité, n° 23 p.6.

^(٦) (luc) Bihl . op. cit, n° 307 p148 , L. Lorvellec. Jur cl Civ, précité, nos 30 et 31 p6.

فحسب المادة (١٥٨٥) مدنى فرنسى ، تبقى المخاطر قبل إتمام عملية العد أو الوزن أو المقاس ، على مسئولية البائع بحيث يتحمل وحده تبعه هلاك البضاعة أو تلفها ^(١) ، فى حين يظل المشتري حراً من أى التزام ^(٢) وكذلك بالنسبة لنقل الملكية ، حيث يتم تأخيرها لحين إتمام عملية العد أو الوزن أو المقاس ، ومن ثم فلا يلتزم المشتري بدفع الثمن إلا عندما تنتقل الملكية إليه ^(٣) .

ويلاحظ أن عقد البيع يعتبر تاماً بتلاقى الإرادتين ، واتفاقهما على المبيع والثمن ، حتى قبل عملية العد أو الوزن أو المقاس . لأن المبيع يكون معيناً بنوعه ومن ثم يصح العقد ، أما المقدار فيكفى فيه أن يكون قابلاً للتعيين ، فعدم تعيينه وقت التعاقد لا يمنع من قيام العقد وصحته ، وإنما تعتبر عملية العد أو الوزن أو المقاس تصرفاً مادياً لنقل الملكية ^(٤) .

بحيث يستطيع المشتري مطالبة البائع بإجراء عملية المقاس وتسليم البضاعة ، أو المطالبة بالتعويض لعدم التنفيذ ، أو للتأخير فى إجراء عملية المقاس ^(٥) .

وعملية العد أو الوزن أو المقاس ، يجب أن تتم فى الزمان والمكان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن هناك اتفاقاً ، اتبع العرف ، وإلا ففى مكان تسليم المبيع ، وفى الوقت الذى يجب فيه التسليم .

وتتم عملية التقدير - عدأً أو وزناً أو مقاساً - بحضور الطرفين أو نائب عن كل منهما ^(٦) . ويمكن أن تتم بطريقة ضمنية عن طريق الناقل ، حيث

(١) (Iuc) Bihl - op-cit, n° 308 p148

(٢) lorvellec- jur.cl - civ, précité, nos 46 et 47, p.8.

(٣) LORVELLEC, ibid, n°s 53 et 54, p8.

(٤) Lorvellec, ibid , n°s 42 et 43, p.7., cass4e com, 25 nov, 1986; Bull, civ 1986 IV, n° 222 p 193.

(٥) MALAURIE et AYNES. op. cit , T,VIII n° 170. P 134.,

(Iuc) BIHL op. cit, n° 308 , p.149.

(٦) PLANIOL, et RIPERT , et HAMEL, op, cit, tx, n° 301, p. 375.,
BAUDRY et SAIGNAT, op. cit, n° 152.

يعتبر كوكيل عن المشتري ، كما يكفي أن تتم بحضور المشتري فقط ولكن إذا تم إجراء عملية المقاس من جانب البائع فقط فإنها تكون عديمة الجدوى^(١) .

مع ملاحظة أن القواعد المقررة بالمادة (١٥٨٥) مدنى فرنسى مكمله لإرادة الطرفين ، فيجوز الاتفاق على خلافها^(٢).

ويتضح مما تقدم أن هناك فرقاً بين البيع بالجزاف والبيع بالتقدير فى طريقة تعيين الشيء المبيع ، وكذلك فى طريقة حساب الثمن^(٣).

ففى البيع بالتقدير : لابد من الإفراز بإجراء عملية العد أو الوزن أو المقاس ، لتعيين قدر المبيع وكذلك لنقل الملكية والمخاطر إلى المشتري بحيث يلعب الإفراز دوراً هاماً فى تنفيذ العقد^(٤) .

بينما فى بيع الجزاف : إذا تم وزن أو عد أو مقاس فإنه يكون لحساب الثمن النهائى^(٥) حيث لا يلزم الإفراز لتحديد ذاتية المبيع لأن المبيع يعتبر مفرزاً ومعيناً بمجرد إبرام العقد ، فتنتقل ملكيته إلى المشتري بقوة القانون عند إبرام العقد ، كما هو الحال فى المنقول المعين بالذات^(٦).

^(١) (Iuc) BIHL - op. cit , n° 307 p 148, Aix-en provence 13 Févr, 1947, R.T.D Com, 1948 p126, obs. J. Hémard .

^(٢) Iorvellec jur. Cl Civ, précité nos 40 et 47 p7.

^(٣) Ph MALAURIE et L. Aynès. Op.cit, t.VIII, no 170 p134.

^(٤) Cass 4e com, 25 nov, 1986: Bull civ IV n° 222p 193

^(٥) Cass 4e civ, 1er Févr 1983 Bull civ . I. n° 49 p43. J.C.p 1984. III, 20241, obs J. Hémard, R.T.D.com, 1984 p.331 n°8 , obs.J.hémard et B.Boulloc, cass 4e com16 nov, 1993,Bull. Civ. IV n° 415 p301.J.C.P 1994, II, 22287, obs- Gross, R.T.D civ 1994-, p.629, obs. (Pierre- yves) Gautier.

^(٦) د/ عبد الحميد البدرائى ، المرجع السابق ف ٩٥-١٤٧.

الفرع الثانى أهم الفروق بين أحكام تعيين المبيع وأحكام العلم الكافى بالمبيع

٥٩- تمهيد ،

بعد استعراض القواعد العامة لأحكام تعيين المبيع أو قابليته للتعيين وبمقارنتها بأحكام العلم بالمبيع ، يتضح ما بين كلا النظامين من فروق جوهرية واختلافات أساسية .
ونتناول فيما يلى بيان أبرز هذه الفروق .

٦٠- أولاً ، من حيث المصدر التاريخى

إذا كان المشرع قد اقتبس أحكام تعيين المحل عموماً من النظام اللاتينى الذى يوجد أصله فى القوانين الرومانية القديمة فإنه على العكس من ذلك قد اقتبس أحكام العلم بالمبيع من نظام خيار الرؤية المعروف فى الفقه الإسلامى ، بحيث يعتبر نظام خيار الرؤية هو المصدر التاريخى لأحكام العلم الكافى ، وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى^(١) .

٦١- ثانياً من حيث المضمون

نجد أن تعيين المبيع يقصد به : بيان أو صافه المميزة له عن غيره وتقديره بالكيل أو الوزن أو العدد أو المقاس .
بينما العلم الكافى هو : حق المشتري فى معرفة حقيقة المبيع والوقوف على مدى ملاءمته لحاجته من الشراء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ١ - ص ١٨ - ١٩ .

ومن ثم فالمبيع قد يكون معيناً في العقد ، على الوجه الذي يميزه عن غيره دون أن يطم به المشتري العلم الكافي^(١).

وبحيث يمكن القول إن العلم بالمبيع أدق في مضمونه من مجرد تعيينه ، إذ العلم بالمبيع يتضمن بالضرورة تعيينه والعكس غير صحيح^(٢). فمثلاً : إذا كان المبيع منزلاً فإنه يتعين بذكر موقعه واسم الشارع ورقم المنزل وهذا يكفي لتمييز المبيع عن غيره فيتحقق التعيين اللازم لاتعقاد العقد ولكن يتخلف العلم الكافي بالمبيع إذا كان المشتري لم يعلم بالأوصاف الأساسية للمنزل والتي تتعلق بفرضه من الشراء ، كمساحة المنزل وعدد طوابقه ، وعدد الغرف الموجودة بكل طابق ، وتاريخ بناءه والمواد المستخدمة في البناء ، بل قد يتعدى الأمر إلى ضرورة معرفة واجهة المنزل ، وما يجاوره.

وإذا كان المبيع سيارة ، فإنه يكفي لتعيينها ، ذكر ماركتها وتاريخ صنعها ، لكن العلم الكافي بها يتطلب معرفة المشتري بحالتها ومحتوياتها ودرجة سرعتها ، بل والمسافات التي قطعها ، والحوادث الطارئة لها إذا كانت مستعملة^(٣).

٦٢- ثانياً: عن حيث الطبيعة القانونية :

تعيين المبيع شرط من شروط الاتعقاد يتعلق بمحل العقد ويقصد به تصحيح أحد أركان البيع . فلا يتعقد البيع إذا لم يكن المبيع معيناً. والتعيين حق للمتعاقدين معاً يترك لهما تقدير اختيار طريقته ولا يجوز ترك تعيين المبيع لإرادة أحد المتعاقدين المحضة حتى لا يكون المتعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة ، بحيث لا يكون

^(١) د/ حاتم الدين كامل الأملاني عقد البيع ١٢٢ ف ٨٧.

^(٢) د/ محمد علي عمران ، ود/ السيد عبد لائل المرجع السابق ف ٣٧ ص ٩٦.

^(٣) 4. RAYMOND. OP. CIT PP.(P) 3et 4. (Guy)

د/ حاتم الدين الأملاني المرجع السابق ف ١٢٢ ص ٨٨

هناك مجال للتحكم^(١) ، فإذا تم التعيين من جانب البائع فقط فإنه يكون عديم الجدوى والفعالية^(٢) inefficace في حين أن العلم الكافي بالمبيع يتعلق بصحة وسلامة رضاء المشتري فهو حق للمشتري مقرر لمصلحته^(٣) ، ويقصد به تأكيد وجود رضاء صحيح متطور ، وإعنى بحقيقة محل العقد^(٤).

٦٣- رابعاً ، من حيث الغاية والأهمية ،

نظام تعين المبيع يهدف إلى تمييز المبيع عن غيره من الأشياء بما يرفع عنه الجهالة الفاحضة ويساعد على تنفيذ العقد وتسليم المبيع دون أن يثار بصدده نزاع.

بينما نظام العلم الكافي يهدف إلى حماية رضاء المشتري حتى يكون على بينة من أمره ، ويحقق المساواة في العلم والمعرفة بين الطرفين ويضمن سلامة المشتري الجسدية والمادية ، ويجعل التعاقد قائماً على أساس سليم.

٦٤- خامساً ، من حيث التوقيت :

تعيين حالة المبيع يجب أن يتم وقت البيع^(٥) أي وقت إبرام العقد ، لأن التعيين يتعلق بأحد أركان العقد ، وبدونه لا ينعقد العقد . أما العلم الكافي بالمبيع فإنه يجب أن يتوافر قبل إبرام العقد وأن يستمر أثناء تنفيذ العقد.

فهو على حد تعبير جانب من الفقه المصري يقصد به العلم السابق لاتخاذ العقد أو المعاصر له^(٦) لتمكين المشتري من اتخاذ قراره النهائي بإبرام العقد أو الإحجام عنه ، وعلى حد تعبير جانب من الفقه الفرنسي عن

(١) د/ عبد الرزاق السهوري المرجع السابق ج١ ف٢٣٣ ص٣٨٩ هامش (١)
(2) (LUC) BIEHL .op, cit.n° 307 p148.

(٣) د/ محمد طلس عيسى ، عقد البيع المرجع السابق ف٤٧٤ ص١٤٨.

(٤) د/ جيل الشقراوى المرجع السابق ف١٨ ص٣٨٤ و٤٤٠.

(٥) د/ عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق ج٢ ف٢٩٤ ص٥٦٠.

(٦) د/ جيل الشقراوى المرجع السابق ف١٨ ص٤٠.

د/ نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ص ١٠٢ .

د/ جماليل غانم الوجيز ل عقد البيع ف٥٠ ص٧٩ ، ط ١٩٦٣ م مكتبة عبد الله ربه

د/ جيس عشر المرجع السابق ف ٢٨ ص٥٦

الالتزام بالإعلام بأنه التزام واحد يبدأ منذ وقبل إبرام العقد بهدف تنوير إرادة المشتري حول مدى ملائمة الشيء المبيع ، ويستمر بعد إبرام العقد، وأثناء تنفيذه ، لتيسير هذا التنفيذ ، كما في حالة الإعلام بطريقة استخدام المبيع والتحذير من مخاطره^(١).

٦٥- سادساً : من حيث وسائل تحقق كل منهما

وسائل تعيين المبيع تترك لتقدير الطرفين^(٢) وهي بطبيعتها وسائل بسيطة تتناسب مع الغرض من التعيين وهو تمييز الشيء المبيع وتحديد معالمه بكل ما من شأنه أن يرفع الجهالة الفاحشة عن المبيع ويحول دون الخلط بينه وبين غيره^(٣) والتعيين كما يكون صريحاً قد يكون ضمنياً وتكفي القابلية للتعيين ، ويتم التعيين عن طريق ذكر خصائص المبيع ومواصفاته وحدوده في العقد . أو بأخذ عينة من المبيع توضح مواصفاته أو بالإشارة إلى المكان الذي يوجد فيه ، أو بتقديره عدلاً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً ، كل ذلك حسب طبيعة المبيع.

أما وسائل تحقق العلم بالمبيع فهي كثيرة ومتنوعة منها ما نص عليها القانون بالمادة (١٩٤) مدنى مصرى فى فقرتها الأولى ، ومنها ما أملتة عوامل التقدم الاقتصادى والتكنولوجى المعاصر ويمكن إتباع وسيلة أو أكثر للوصول بالعلم إلى حد الكفاية.

٦٦- سابعاً : من حيث نطاق التطبيق فى العقود :

تعتبر أحكام تعيين المبيع تطبيقاً للقواعد العامة فى نظرية الالتزام والخاصة بتعيين محل الالتزام ، وتعيين محل العقد لا يقتصر على عقد

^(١) MALAURIE et . AYNÈS . op. Cit, t. VI,n° 636 p367, et t.VII, n° 314 p215, (GENEVIEVE) , VINEY, traité de droit civil, les obligations, la responsabilité conditions, n° 502, p.607.Ed I.G.D.J,1982., F.collart et ph Delebecque op., cit, n° 214 p181.

(2) (Guy) RAYMOND. Op.cit,p.H5.

^(٣)د/ عبد الحميد البدواى ، المرجع السابق ف٣١ ص٦٧.

البيع فقط ، بل هو نظام عام فى سائر العقود ، وهو ما يستفاد بوضوح من نص المادة (١٣٣) من القانون المدنى المصرى ، والمادتين (١١٠٨ و ١١٢٩) من القانون المدنى الفرنسى.

بينما أحكام العلم الكافى بالمبيع ، تعتبر نظام خاص بعقد البيع فقط. وهو ما يستفاد بوضوح من نص المادة (١٩٤) مدنى مصرى فى فقرتيها الأولى والثانية ، كما يستفاد أيضاً من مكان ورودها فى التقنيين المدنى حيث وردت فى الفصل الأول الخاص بالبيع.

٦٧- ثانياً ، من حيث سقوط الحق فى كل منهما ،

تعيين المبيع ، حق لكلا المتعاقدين ، يتعلق بالمحل ، وهو ركن فى العقد ، لا يقوم العقد بدونه ولذلك يترتب على تخلفه عدم انعقاد العقد وإن وقع ، فإنه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لأنه من النظام العام ، فكل من المتعاقدين التمسك به ، ولا يسقط بالتقادم .

وذلك بخلاف نظام العلم الكافى بالمبيع والذى يعتبر حقاً مقررأ لمصلحة المشتري ، ولذلك يسقط بمسقطات كثيرة منها:

النزول عنه ، وإجازة العقد ، والتصرف فى المبيع قبل رؤيته ، كما يسقط بالتقادم المسقط ، وفقاً للمادة (١٤٠) مدنى مصرى ، وذلك بأقصر الأجلين ، إما ثلاث سنوات من يوم العلم ، أو خمسة عشرة سنة من يوم العقد.

٦٨- ثالثاً ، من حيث جزاء تخلفه كل منهما

يترتب على عدم تعيين المبيع أو عدم قبليته للتعيين ، بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، وفقاً لنص المادة (١٣٣ / ١) من القانون المدنى المصرى وهو حق لكلا المتعاقدين بل ويجوز للغير أيضاً أن يتمسك به ، بينما يترتب على عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري ، بحيث يكون للمشتري وحده أن يتمسك به ، كما يجوز له أن

يتنازل عنه ، وذلك وفقاً للمادة (٢ / ٤١٩) مدنى مصرى ، وإلى أن يحكم بالإبطال يكون العقد صحيحاً منتجاً لكافة آثاره.

٦٩- باختصاراً، من حيث هذا مناط اهتمام المشرع فى كلا النظامين :

فى نظام تعيين المبيع يبرز الجانب الموضوعى ، من حيث الاهتمام بالشئ محل التعاقد ، واستلزام تمييزه عن غيره على نحو كاف .
بينما فى نظام العلم المبيع يبرز الجانب الشخصى ، حيث تقررت هذه الأحكام لحماية المشتري ، وضماناً لإثارة وسلامة إرادته ، ونظراً لكون علم المشتري يجب أن ينصب على بيانات ومواصفات الشئ المبيع فإنه يمكن القول أن نظام العلم الكافى بالمبيع ذو طبيعة مزدوجة : شخصية بالنسبة للمشتري وموضوعية بالنسبة للشئ المبيع^(١).

المطلب الثانى

الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافى به فى الفقه الإسلامى

٧٠- تمهيد

لإظهار الفرق الدقيق بين تعيين المبيع والعلم الكافى به فى الفقه الإسلامى ، نقوم ببيان القواعد والأحكام العامة المتعلقة بتعيين المبيع فى الفقه الإسلامى ثم نقارنها بأحكام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى.

وذلك فى فرعين،

الأول : بيان الأحكام العامة لتعيين المبيع فى الفقه الإسلامى .

الثانى : التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافى به فى الفقه الإسلامى.

^(١) (claude) Ducouloux- Favard, op. cit, p. 114.

الفرع الأول

الأحكام العامة لتعيين المبيع في الفقه الإسلامي

٧١- يشترط الفقه الإسلامي أن يكون محل العقد معيناً ومعرفاً لطرفيه، بحيث لا يكون فيه جهالة فاحشة أو غرر يؤدي إلى النزاع بين المتعاقدين . وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء عامة^(١)

و القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي : أن محل العقد يجب أن يكون معيناً وقت التعاقد ، وإلا كان العقد باطلاً . وأن المبيع يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة^(٢) . فلا يكفي أن يكون المبيع مميزاً عن غيره من الأشياء ، دون أن يعلم به المتعاقدان .

٧٢- طرق تعيين المبيع في الفقه الإسلامي:

تختلف طرق تعيين المبيع في الفقه الإسلامي بحسب ما إذا كان المبيع موجوداً في مجلس العقد أو غائباً عنه ، وأيضاً بحسب كونه من الأشياء القيمة ، أم من الأشياء المثلية .

- فإذا كان المبيع موجوداً في مجلس العقد:

فيري فقهاء المالكية والشافعية ، أنه لا بد في العلم به من رؤيته فإذا كان موجوداً ولم يره المتعاقدان ، كان العقد باطلاً^(٣) .

^(١) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٣٧-٣٠٣٨ ، شرح الحرشي ج٥ ص ٢٢ المجموع شرح المهذب ج١ ص ٢٨٦-٢٨٨ ، كشاف القناع عن من الإقناع ج٣ ص ١٦٣ .

د/ محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ف١٩٤٤ ص ٣١١-٣١٢ الطبعة الأولى دار الكتب العربي .

^(٢) د/ عبد الرزاق السهوري ، مسائل الحق في الفقه الإسلامي ، المجلد الأول ج٣ ص ٦٩ ط دار النهضة العربية د/ حسين حامد حسان ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ص ٣١١ الطبعة الأولى ١٩٧٢ م . دار النهضة العربية .

^(٣) مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص ٢٨٥ و٢٨٦ ، مفتي الخياط ج٢ ص ١٨ .

إلا أن المالكية أجازوا استخدام الوصف كوسيلة للعلم إذا تعذرت الرؤية بأن كان فيها مشقة^(١).

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن العلم يتحقق بالإشارة إلى المحل الموجود في مجلس العقد ، ولو كان ذلك في مكان مستتر ، كالحنطة في الكيس والسكر في الصندوق والأمتعة في ظروفها^(٢) .

- وإذا كان المبيع مأثماً من مجلس العقد :

فإنه يتم تعيينه والعلم به عن طريق وصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة ، ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان المبيع من الأشياء القيمية أم من الأشياء المثلثة.

- فإن كان المبيع من الأشياء القيمية :

وهي الأشياء التي لا تقدر بالكيل أو الوزن أو العد ، ولا يقوم بعضها مقام البعض الآخر ، ولا يوجد لها مثل في المتجر^(٣) فإنه يجب تعيينه بذاته تعييناً واضحاً لأن الجهل بالذات يؤدي إلى الفرر المنهي عنه^(٤) ووجوب تعيين المبيع القيمي بذاته ، أمر يجمع عليه جمهور الفقهاء الإسلاميين .

فلا يجوز بيع شيء غير معين بذاته من جملة أشياء مجتمعة ، كشاة من

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه جـ ٣ ص ٢٤ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٠٥ ، من الإقناع مع شرحه كشف القناع جـ ٣ ص ١٦٣ .

(٣) الأشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للعلامة السيوطي ص ٣٦١ ط. دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي ، الشيخ علي الخفيف مختصر أحكام المعاملات ص ٦ ، د/ أسامة محمد حسن الممد نظرية الاستهلاك في الفقه الإسلامي . رسالة ذكرها ف ١٤٣ ١٣٢ ط ١٩٨٥ م كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١١١ ، الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٢٦٥ .

قطيع أو شجرة من بستان ، أو ثوب من عدله^(١) ، لما فيه من الجهالة والغرر فإن عين واحدا بذاته وتم التراضي عليه صح العقد^(٢) .

- وإن كان المبيع من الأشياء المثلية :

وهي التي تقدر عادة بالكيل أو الوزن أو العد ، ويوجد لها مثل فسي المتجر ، بدون تفاوت بينهما يعتقد به^(٣) ، فإنه يعين بوصفه ، بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة ، عن طريق بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره^(٤) .

- تعيين جنس المبيع :

تعتبر جهالة جنس المبيع من أفحش أنواع الجهالات ، لأنها تتضمن جهالة الذات والنوع والصفة^(٥) .

ولذلك اشترط الفقهاء تعيين جنس المبيع والعلم به حتى يصح البيع ، فلا يجوز بيع مجهول الجنس ، لما في ذلك من الغرر الكثير^(٦) .

(١) العدل هو : نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير . قال الأزهري: العدل : اسم حل معدول بمعدل ، أى مسوى به . والجمع أعدل وأعدول . والعدل لا يكون إلا للمطاع خاصة . راجع لسان العرب ، مادة "عدل" جـ ٢ ص ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٣ ، بلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٩ .

المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٨٨ ، الشرح الكبير على متن المقنع ج ٢ ص ٢٩ .

شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٤-٤٣٥ .

(٣) الأشياء والنظائر للعلامة السيوطي ص ٣٦١ ، الشيخ على الحافى مختصر أحكام المعاملات ص ٦ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٥ ، د/ عبد الحميد محمود البعلى الطليعة المتميزة للعقود وضوابطها فى الفقه الإسلامى ج ١ ص ٢٣٢ ط. مكتبة عبد الله ومكة .

(٥) د/ الصديق محمد الأمين الضريع . الرسالة السابقة ص ١٦٧ .

(٦) رد المحتار ج ٢ ص ٩٧٢ ، القروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٨ ، المجموع ج ٢ ص ٢٨٨ .

كأن يقول بعتك سلعة من غير أن يسميها^(١) ، أو بعتك شيئاً بعشرة^(٢) أو بعتك ما فى كمي^(٣) .

واختلف الحنفية فى جواز بيع مجهول الجنس ، فأجازوه البعض إذا كان المبيع مشاراً إليه أو إلى مكانه ، فهذا يكفى لصحة بيع الغائب ويثبت للمشتري خيار الرؤية ، واستبعد العلامة كمال الدين بن الهمام القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً^(٤) .

وأجاز المالكية بيع مجهول الجنس إذا ارتفع الغرر ، بأن شرط للمشتري خيار الرؤية^(٥) وعند الشيعة الزيدية يتم تعيين المبيع بالإشارة إليه ، دون حاجة إلى ذكر جنسه ، لأن الإشارة تغنى عن ذكره ، إذ القصد تمييز المبيع ، وقد حصل بالإشارة ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية^(٦) .

- تعيين نوع المبيع -

صرح بعض الفقهاء من المالكية والشافعية باشتراط ذكر نوع المبيع الغائب منعاً للغرر^(٧) فإذا قال البائع للمشتري بعتك قطناً من القطن بكذا ولم يبين نوعه ، فالبيع فاسد لجهالة النوع^(٨) .

^(١) الفرق للعلامة القرافي ج٣ ص ٢٦٥ .

^(٢) شرح فتح القدير ج٣ ص ٢٦٥

^(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ ، رد مختار ج٤ ص ٢٩ قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٨ .

^(٤) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ ، رد مختار ج٤ ص ٢٩ .

^(٥) الشرح الكبير للرددير ج٣ ص ٢٥٥ ، مواهب الجليل ج٤ ص ٢٩٦ .

^(٦) البحر الزخار ج٤ ص ٣٢٤ و ٣٥١ .

^(٧) الفرق للعلامة القرافي ج٣ ص ٢٦٥ ، حيث جاء فيه : إن الغرر والجهالة يقعان فى سبعة أشياء ، رابعها النوع : كعبد لم يسمه " والمجموعة للعلامة التتوي ج٩ ص ٢٨٨ ، حيث جاء فيه : " ولا يجوز بيع العبد الغائبة إذا جهل جنسها ، أو نوعها ، لحديث أبي هريرة أن النبي - ﷺ - نهى عن الغرر ، ولا يبيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه ، غرر كبير " .

^(٨) د/ الصديق محمد الأمين الضريير الرسالة السابقة ص ١٦٩ .

- تعيين صفة المبيع :

ذهب بعض الحنفية ، والمالكية والحنابلة والظاهرية والإباضية إلى اشتراط ذكر صفة المبيع حتى يصح البيع ، لأن في جهالة صفة المبيع غرراً وهو منهي عنه ، فلا يجوز بيع اللبن في الضرع ، ولا المسك في الفارة ، ولا رطل من الشاة قبل السلخ للجهل بصفة المبيع^(١).

وذهب بعض الحنفية والزيدية إلى عدم اشتراط العلم بصفات المبيع لصحة المبيع ، لثبوت الحق للمشتري في خيار الرؤية عند مخالفة المبيع في مواصفاته لغرض المشتري من الشراء^(٢) .

ولفقاء الشافعية ثلاثة أوجه في اشتراط ذكر صفات المبيع لصحة البيع:- الأول: لا يصح البيع حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه . الثاني لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة . الثالث : يصح البيع من غير ذكر شيء من الصفات^(٣).

- تعيين مقدار المبيع :

اتفق الفقهاء على وجوب تعيين مقدار المبيع والعلم به إذا كان غائباً عن مجلس العقد ، منعاً للفرر لأن جهالة المقدار تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم^(٤) .

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧٦ ، رد المحتار ج ٤ ص ٩٧، ٢٩٩ بداية الجهد ونهاية المقصد ج ٢ ص ١١١، ١٢٩ بلاء السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥٦ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٦٨ الشرح الكبير على من التفتع، مع المفتي ج ٤ ص ٢٨ ، المجلى لأبن حزم ج ٩ ص ٢٨٠ و ٤٣٥ - ٤٣٦ شرح النيل وشفاء العليل ج ٨ ص ٩٥ مكتبة الإرشاد ط . ثالث .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٥ ، رد المحتار ج ٤ ص ٢٩٩ ، البحر الرائق ج ٤ ص ٣٢٢ و ٣٥١ شوح الأذهار ج ٣ ص ١٣٣- ١٣٨ الناشر مكتبة غصان صنعاء اليمن .

(٣) المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٢٨٨ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٤ شرح الخرش ج ٥ ص ٢٢٢ بداية الجهد ج ٢ ص ١١١، ١٢٩ المجموع ج ٩ ص ٣١٠ - ٣١١ كشف القناع ج ٣ ص ١٦٨ ، المجلى ج ٩ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ ، شرح النيل ج ٨ ص ٩٥ .

وإذا كانت صحة البيع ، تتوقف على تعيين مقدار المبيع والعلم به ، فإن هذا البيع يسمى بيعاً بالتقدير ومن ثم يمكن تعريف البيع بالتقدير في الفقه الإسلامي بأنه : البيع الذي تتوقف صحته على معرفة مقدار المبيع كَيْلاً أو وزناً ، أو عدداً ، أو ذرعاً (مقاساً).

وذلك لأن جهالة المقدار قد تفضي إلى المنازعة وتمنع من التسليم والتسليم.

أما إذا تم تعيين قدر المبيع عند العقد ، كما لو قال المشتري للبائع اشترى منك صاعاً من هذه الصبرة بكذا ، أو كل صاع من هذه الصبرة المعينة بكذا ، وأراد شراء جملة المبيع ، فالبيع جائز ، لأن مقدار المبيع معين ، فهو صاع معين بكذا ، أو الصبرة كلها كل صاع فيها بكذا فإنها وإن كانت مجهولة الجملة ، فهي معلومة للتفصيل ، وجهل الجملة مع علم التفصيل لا يضر^(١) .

ونفس الأمر لو قال اشترى منك ذراعاً أو عشرة أذرع من هذه الأرض أو هذا الثوب بكذا أو رطلاً أو عشرة أرطال من هذا الزيت بكذا إذ لا فرق بين المكيلات والمقيسات ، والموزونات ، إن أراد شراء الكسل أو قدراً معيناً منه ، أما إذا أراد شراء بعض غير معين المقدار ، كما لو قال اشترى منك بعض هذه الصبرة ، كل إردب بكذا مثلاً ، فلا يجوز للجهل بجملة الثمن والمثمن فلا يقتصر^(٢).

ويذهب فقهاء المالكية إلى أن البيع إذا وقع على الكيل ، كما لو قال المشتري للبائع ، اشترى منك هذه الحنطة ، كل إردب بكذا ، أو قال البائع للمشتري بعثك من حبها إردبا بكذا ، وقبل الطرف الآخر فإن العقد

(١) حاشية النسفي على الشرح الكبير ج٣ ص١٧ ، بلغه السالك لأقرب المالك ج٢ ص٣٥٩ .

(٢) الشرح الصغير للعلامة أحمد البردبر وبلغه السالك للعلامة أحمد الصاوي ج٢ ص٣٥٩ .

يتم ويعتبر صحيحاً لكون المبيع معين المقدار ، حيث وقع التعاقد على كيل معين ، ولا يضر تأخير إجراء عملية الكيل لحين تنفيذ العقد^(١).
بينما يذهب فقهاء الظاهرية ، إلى أنه يجب إجراء عملية التقدير ، كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدأً وقت التعاقد بحيث يتم التعاقد على تلك العين المكيّلة أو الموزونة أو المذروعة أو المعدودة ، فإذا تعاقد قبل إجراء عملية الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لم يكن بيعاً ، ولا يقوم التعاقد أصلاً^(٢).

٧٣- القابلية للتعين في القهقه الإسلامي.

إذا كان يجب أن يكون المبيع معين المقدار وقت التعاقد لكي يصح العقد ، فإنه يكفي أن يكون قابلاً للتعين ويصح العقد إذا أمكن توقى الغرر والجهالة ، وهو ما يتضح من الأمثلة التالية:

- إذا ذكر البائع في العقد جملة الثمن وسعر الوحدة ، كأن يقول للمشتري بعتك هذه الصبرة بمائة جنيه ، كل قفيز بجنيه ، فإن البيع يعتبر صحيحاً في هذه الحالة ، رغم أن البائع لم يسم جملة المبيع، مما يجعل المبيع غير معين صراحة وقت التعاقد ، إلا أنه قابل للتعين ، حيث يمكن تعيينه ومعرفة مقداره بقسمة جملة الثمن على سعر الوحدة ، وبذلك يصح العقد، لأن المبيع ، وإن لم يكن معيناً وقت التعاقد ، فإنه قابل للتعين بعده دون عناء أو مشقة وإذا ظهر بعد إجراء عملية الكيل أن المبيع مائة قفيز فلا إشكال وإن وجد أقل ، كان المشتري بالخيار بين أن يترك الصفقة أو

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١١٦-١١٧، بلفه مالك والشرح الصغير ج ٢

ص ٣٥٧ ص ٣٥٨ .

(٢) المحلى للعلامة ابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥.

أن يأخذها بقسطها من الثمن ، وإن زادت لم يأخذ إلا ما اشترى وكان الزائد ملكاً للبائع^(١).

وإذا قال البائع للمشتري ، بعته هذه الصبرة كل قفيز بجنينه ففى هذه الحالة نجد أن المبيع معلوم بالرؤية أو بالإشارة إليه ، إلا أن جملة مقداره غير معروفة ، وكذلك جملة الثمن غير معينة وقت العقد ، بل يتوقف تعيينها على كيل الصبرة ، ولذلك اختلف الفقهاء فى حكم هذه الصورة فذهب الإمام أبو حنيفة إلى فساد البيع فى هذه الحالة ، وعدم جوازه ، لأن البائع لم يسم جملة مقدار المبيع وقت التعاقد مما يؤدى إلى المنازعة فيفسد العقد ، لأن شرط صحة البيع أن يكون المحل معيناً ومعلوماً وقت التعاقد لا بعده ، وإنما يجوز البيع فى المقدار المعين وهو القفيز بالثمن المسمى له ، ويلزم فيه المبيع عند أبى حنيفة^(٢) .

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وأبى يوسف^(٣) ومحمد^(٤) من الحنفية . إلى صحة البيع فى هذه الحالة لأن مقدار

(١) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٤ ، د/ حسين حامد حسان ، المرجع السابق ص ٣١٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٤ ، بين الحقائق ج٤ ص ٤٠٠ شرح فتح القدير ج٥ ص ٨٨٨ .

(٣) الإمام أبو يوسف . هو : يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى ، وكتبه أبو يوسف . كان رحمه الله صاحب حديث وكان حافظاً ، وقد أزم أباه حنيفة وغلب عليه رأى ، ورولى القضاء لثلاثة من الخلفاء ، وكان الرشيد يحبه ويكرمه وهو أول من وضع الكتاب على مذهب أبى حنيفة ، وأبلى المسائل ونشرها ، ولسه من التصانيف الكثير ، منها الخراج ، ويرجع إليه الفضل فى تمكين المذهب الحنفى ل القضاء بالشام ، وبث علم أبى حنيفة فى أقطار الأرض .

يراجع وفيات الأعيان لابن خلكان ج٢ ص ٤٠٠ ط. مطبعة بولاق ، الجواهر المنجية فى طبقات الحنفية نحى الدين عبد القادر القرشى المصرى ج٢ ص ٢٢ ، ط . مجلس دائرة المعارف النظامية ، حيدر آباد الدكن . ط أولى ١٣٣٢ هـ الفوائد الهية ل تراجيح الحنفية مع التعليقات السنية لأبى الحسنات محمد عبد الحسى الككوى الهندى ص ٢٢٥ . ط. دار المعرفة بيروت .

(٤) الإمام محمد بن الحسن . هو : محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيبانى ، الكول منشأ وعلمياً ومقاماً . صلب أباه حنيفة وأخذ عنه الثقة وعن أبى يوسف ، ورحل إلى الإمام مالك وسمع منه وأخذ عنه الفقه وأخذ عن الأوزعى والثورى وكان رحمه الله من أعلم الناس بالفقه ، وكتب الله ، وكان ماهراً فى العربية والنحو والحساب . أخذ عنه جمع كبير من رجال الفقه ، كأبى حفص أحمد بن حفص وأبى سليمان الجوزجاني ، ومحمد بن سماعة ، وعيسى بن أبان وغيرهم . تعد كتبه عماد الفقه الحنفى ، لا سيما كتب ظاهر الرواية ، وهى الأصل والجامع الصغير والجامع الكبير ، والسير الصغرى والسير الكبرى ، والزيادات .

انظر : الجواهر المنجية ج٣ ص ١٢٢ ، الفوائد الهية ص ١٦٣ .

المبيع وإن لم يكن معيناً عند التعاقد ، فهو قابل للتعيين بعد ذلك عن طريق كيل الصبرة ومعرفة عدد قفزاتها ، فجهل جملة المقدار مع العلم بالتفصيل لا يضر ، لأنه قابل للتعيين والعلم به^(١).

وعلى ذلك فإن جمهور الفقه الإسلامي لا يشترط أن يكون مقدار محل العقد معيناً وقت التعاقد ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين ، ما دام أن العقد يتضمن العناصر الكافية لهذا التعيين بما يرفع الغرر والجهالة وهي في هذه الصورة متوافرة ، لأن الصبرة المبيعة معلومة بالرؤية والإشارة وقد ذكر البائع سعر الوحدة ومن ثم فإنه يمكن معرفة جملة مقدار المبيع وكذلك جملة الثمن بكل الصبرة .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي يكفي بأن يكون المحل قابلاً للتعيين إذا تضمن للعقد العناصر الكافية لتعيينه ، بما ينفي عنه الجهالة والغرر.

ومما يؤكد ذلك أن بعض فقهاء الحنفية أجازوا البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره ، ويوزن حجر معين لا يعرف مقداره ، لأن جهالة المقدار في هذه الحالة لا تفضي إلى المنازعة^(٢) ، والمحل هنا وإن كان غير معين بالفعل وقت التعاقد ، لكنه قد اشتمل على ما يساعد على هذا التعيين فكان قابلاً للتعيين ، فهو ملء إناء بعينه ، أو وزن حجر بعينه^(٣).

وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية في قابلية المحل للتعيين . فقد أجاز الفقيه ابن القاسم من المالكية بيع الحمام في

(١) بدائع الصانع ج١ - ٤٣ ، بلغة السالك والشرح الصغير ج٢ - ٣٥٨ ٣٥٩ ، حاشية المدرى على شرح الخرشي ج٥ - ٢٢ ، نهاية المحتاج ج٣ - ٤١٣ ، كشافة القناع عن متن الإقناع ج٢ - ٣٨٥ ، الكمال لمذهب الإمام أحمد بن حنبل ج٢ - ١٢ لابن لقمان المقدسي ، تحقيق زهير الشلويش ط. المكتب الإسلامي.

(٢) كين المقاتل ج٤ - ٥٥ ، شرح فتح القدير ج٥ - ٨٦ - ٨٧.

(٣) د/ عبد الرزاق السهري مصادر الحق المرجع السابق ج٣ - ٧٩ د/ حين حامد حسان المرجع السابق ص٣١٦.

البرج جزافاً ، إذا رآه المتعاقدان وأحاطا به معرفة وحزراً ، وذلك لما فى
العد من المشقة ، بينما ذهب العلامة ابن رشد إلى عدم الجواز للفرق فى
مقدار المبيع ، فلا يباع إلا عدداً ، وعند الأحناف يجوز بيع الحمام فى
البرج لا خارجه وبالليل لا بالنهار^(١) .

واشترط كون الحمام المبيع فى البرج لا خارجه ، وكونه ليلاً
عندما يأوى إلى برجه ، يبرز أهمية ظرف الزمان والمكان فى جعل المحل
قابلاً للتعيين ، حيث يساعد على تعيين المبيع والعلم به^(٢)

وقد فرق فقهاء الحنفية بين المكيلات والموزونات والمعدودات المتماثلة
أو المتقاربة من جهة وبين المزروعات من الثياب والأرض والخشب
وغيرها من جهة أخرى ، وذلك فى حكم الزيادة أو النقص فى العدد أو
القدر المتعاقد عليه من جملة منها ، وذلك إن سمي لجملة الذراعات ثمناً
واحد ، ولم يسم لكل ذراع منها على حدة ، بأن قال بعث منك هذا الثوب
على أنه عشرة أذرع بعشرة جنيهات ، فالبيع جائز ، لأن المبيع وثمنه
معلومان ، ثم إن وجده مثل ما سمي لزمه الثوب بعشرة جنيهات ، ولا خيل
له وإن وجده أحد عشر ذراعاً ، فالزيادة سالمة للمشتري ، وإن وجده
تسعة أذرع ، لا يطرح لأجل النقصان شيئاً من الثمن ، وهو بالخيار إن
شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ترك.

وقد فرق الحنفية بينها ، وبين الموزونات والمكيلات والعدييات
المتقاربة ووجه الفرق أن زيادة الذرع فى الذريعات ، جارية مجرى
الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ، ونحوها . والثمن يقابل الأصل

(١) رد مختار ج٤ ص١٦٦ ، حاشية الموقى ج٣ ص٢١٠ ، مواهب الجليل ج٤ ص٢٨٩ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق المرجع السابق ج٣ ص٨٠ ، د/ حسين حامد حسان المرجع

لا الصفة^(١) ، والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي ، وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة^(٢).

ومثال ذلك : لو اشترى شخص قطعة أرض على أنها مائة متر بمائة ألف جنيه ، ليقم عليها مشروعاً معيناً ، تتطلب جهة الإدارة لإقامته هذه المساحة المذكورة ، فإذا وجد أن مساحة الأرض أكثر من مائة متر فهذا يوجب الجودة ، أما إن وجدها أقل من مائة متر، فهذا يوجب الرداءة لأنها لا تكفي لإقامة المشروع.

ولذلك تلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً ، والجودة أو الرداءة صفة ، والتمن يرد على الأصل دون الصفة ، إلا أن الصفة تملك تبعاً للموصوف لكونها تابعة قائمة به^(٣) فإذا زاد ، صار كأنه اشترى رديناً ، فإذا هو جيد ، كما إذا اشترى شخص عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتباً ، أو خياطاً أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرأ ، تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا وكذلك لو اشترى شخص جهازاً إلكترونياً على أنه ذو نظام واحد فوجده متعدد الأنظمة ، فيستحقه المشتري دون مقابل للزيادة ولا خيار للبائع .

وإذا نقص ، صار كأنه ، اشترى على أنه جيد فوجده رديناً ، كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز ، أو صحيح العينين ، فوجده غير كاتب ولا خباز ، ولا صحيح العينين ، أو اشترى جارية على أنها بكرأ فوجدها ثيباً ، فلا يكون له أن يطرح شيئاً من الثمن ، لكن يثبت له الخيار ، كذا هذا ، بخلاف المكيلات والموزونات ، التي لا ضرر فيها إذا

^(١) بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ج ٦ ص ٤٣٠.

^(٢) بدائع الصانع ج ٦ ص ٤٣٠.

^(٣) بدائع الصانع ج ٦ للوضع السابق.

نقصت ، والمعدودات المتقاربة ، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة ، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن^(١) ولكن إذا سمي لكل ذراع منها ثمناً على حدة ، بان قال : بيع منك هذا الثوب ، على أنه عشرة أذرع ، كل ذراع بجنيه ، فالبيع جائز لأنه سمي لكل ذراع ثمناً على حدة ، فكان كل ذراع معقوداً عليه . وهنا لا تجرى الزيادة مجرى الصفة على الإطلاق ، بل تكون أصلاً من جهة وصفة من جهة أخرى ، فإن وجد المبيع مثل ما سمي ، فالأمر ماضٍ ولزمه المبيع كل ذراع بجنيه ، وإن وجده أحد عشر ذراعاً ، فهو بالخيار إن شاء أخذه كله بأحد عشر جنيهاً ، وإن شاء ترك ، وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان، جنيهاً ، وأخذه بتسعة جنيهات، وإن شاء ترك لتفرق الصفة عليه^(٢).

وإذا كان يجب تعيين مقدار المبيع والعلم به ، حتى يصح البيع ، فإن الفقهاء أجازوا ، أن يباع الشيء جزافاً ، مع عدم العلم بمقداره على وجه الدقة ، إذا توافرت شروط معينة . وهو ما نوضحه فيما يلي:

٧٤- البيع بالجزأف في الفقه الإسلامي،

تعريفه في اللغة ، الجزاف ، مثلاً الجيم فارسي معرب ، جاء في القاموس المحيط : المجازفة ، الحسن في البيع والشراء ، وفي لسان العرب : الجزف الأخذ بكثرة ، وجزف له في الكيل أكثر ، والجزف

(١) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٤٧٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ الموضع السابق .

- والجفاف ، المجهول القدر ، مكيلاً كان ، أو موزوناً ^(١) .
- تعريضه في اصطلاح الفقهاء ، عرفه الإمام النووي بأنه : البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير ^(٢) ، وعرفه الإمام أحمد الدردير بأنه بيع ما يكال أبو يوزن ، أو يعد جملة ، بلا كيل ولا وزن ولا عد ^(٣) وعرفه الشيخ الدسوقي بأنه بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عد ^(٤) .
- حكم بيع الجفاف :
- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإباضية ، إلى جواز بيع الجفاف بشروط معينة ^(٥) بينما ذهب بعض الإمامية ، إلى عدم جواز بيع المكيل والموزون ، والمعدود جفافاً ^(٦) .
- دليل مشروعية بيع الجفاف :
- ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أنه قال : " كانوا يتبايعون الطعام جفافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله - ﷺ - أن يبيعهوه حتى ينقلوه " ^(٧) . وأيضاً ما روى عن سالم عن أبيه رضى الله عنه قال : " رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة ، يضربون على عهد رسول الله - ﷺ "
-
- ^(١) لسان العرب مادة جرف جـ ١ ص ٦١٨ ، للمعجم الوسيط ، ج ١ ص ١٢٦ مادة جرف ، القاموس المحيط مادة " جرف " .
- ^(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٠ ص ١٦٩ ط . ١٣٤٧ هـ - ١٩٢٩ م .
- ^(٣) الشرح الصغير للإمام أحمد الدردير ، دليل بلغة السالك ج ٢ ص ٣٦٠ .
- ^(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٠٠ .
- ^(٥) شرح فتح القدير ج ٨ ص ٨٦ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢١٠ ، المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٢٢ ، كشاف القناع ج ٣ ص ١٦٩ ، الكافي ج ٢ ص ١٥٠ ، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٢٠ ، النيل رشاء الطيل ج ١ ص ١٥٠ و ١٥١ .
- ^(٦) المختصر النافع لى فقه الإمامية ص ١٤٣ .
- ^(٧) رواه الجماعة إلا الترمذى وابن ماجه ، ولفظ الصحيحين " حتى ينقلوه ، بليل الأوطار شرح منتهى الأخبار " .
- ج ٦ ص ٢٤٢ . مكتبة الكليات الأزهرية .

- أن يبيعه حتى يألوه إلى رجالهم^(١)

وجه الدلالة : يستفاد من الحديث بلفظيه جواز بيع الطعام جزافاً لأن النبي - ﷺ - أقر الصحابة عليه وإثماً نهاهم عن بيع ما اشترى جزافاً قبل نقله من مكانه.

وروى الإمام مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه : " أن رسول الله - ﷺ - مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللاً ، فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ، قال : أصابته السماء يا رسول الله. قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من غشنا فليس منا" ^(٢).

وجه الدلالة : سياق الحديث يدل على أن الصبرة كانت معروضة لاتباع جزافاً ، إذا لو كانت ستباع على الكيل ، لما كان هناك فائدة لوضع البلل من الداخل ، لأن المشتري سيعلمه أثناء الكيل^(٣) .

شروط صحة البيع بالجزاف:

اشترط الفقهاء لصحة بيع الجزاف توافر شروط معينة ، وكان مذهب المالكية أكثر المذاهب تفصيلاً لهذه الشروط. وتتمثل شروط صحة بيع الجزاف فيما يلي:

الشرط الأول : رؤية المبيع حين العقد ،

فلا يجوز بيع الجزاف على الصفة ، لأن العلم بمقدار المبيع جزافاً إنما يكون بالحرز ، وهو لا يتأتى إلا بالنظر^(٤) .

وتكفي الرؤية السابقة للمبيع بشرط أن يستمر المتعاقدان على معرفة المبيع إلى وقت العقد^(٥) ومحل اشتراط الرؤية في بيع الجزاف إن لم يترتب عليها فساد المبيع وتلفه ، كقلال الخل المختومة التي يفسدها

^(١) رواه البخاري أنظر : صحيح البخاري مع فتح الباري جـ ٤ ص ٤١١ .

^(٢) صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ١٤٢ .

^(٣) د/ أحمد على طه ريان ، عقد البيع في الشريعة الإسلامية ، على ضوء القرآن والسنة وآراء الفقهاء ص ٨٣ الطبعة الأولى دار الرسالة للطباعة ، والنشر والتوزيع .

^(٤) لتفتي للإمام الهادي جـ ٤ ص ١٠٠ الناشر دار الكتب العربي بيروت - لبنان .

^(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٠٠ .

الفتح، فإنه يجوز بيعها من غير رؤية ، إذا كانت مملوئة أو علم المشتري قدر نقصها ، ولو بإخبار البائع له بصفة ما فيها من الخلل^(١) . ورؤية بعض المبيع جزافاً كافية ، حيث كان متصلاً ، مثل رؤية الثمار على رؤس الأشجار ، وسنابل القمح والشعير على عيدانها ، ورؤية وجه الصبرة.

ويترتب على ذلك أن الأعمى لا يجوز له أن يبيع أو يشتري جزافاً لأنه يعتمد في بيعه وشرائه على الوصف ، وهو لا يكفى فى بيع الجزاف^(٢) واشترط فقهاء الحنفية فى بيع الجزاف ، أن يكون المبيع مميزاً مشأراً إليه ، والإشارة تكون فى المبيع الحاضر المرئى^(٣) واشترط الشافعية ، والحنابلة رؤية المبيع جزافاً ، حتى يصح البيع^(٤).

- الخطر الثانى ، أن يحصل المتعاقبان قدر المبيع من تحيل أو وزن أو محطد

فلا يجوز البيع جزافاً مع علم أحدهما بالقدر ، لأن الذى علم قصد خديعة الذى لم يعلم ، ثم إن الجاهل إن علم بعلم صاحبه حال العقد ، فقد فسد البيع لدخولهما على الغرر والخطر ، وإن علم بعد العقد صح وخير فى إمضائه ورده فهو كالعيب الذى للمبتاع الرد به ، أو الرضا به^(٥) . وفى حالة فساد العقد يرد المبيع إن كان قائماً لدى المشتري ، وإلا لزمه رد قيمته للبائع ، واسترد هو الثمن الذى دفعه^(٦)، وإن علماه معاً أثناء العقد

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص٢٠.

(٢) حاشية الدسوقي ج٣ ص٢٠، ٢١.

(٣) بين الحقائق ج٤ ص٥٥ ، شرح فتح القدير ج٥ ص٧٦.

(٤) المجموع شرح المذهب ج٩ ص٣١٢ ، كشف القناع عن من الإقناع ج٢ ص١٦٩.

(٥) حاشية الدسوقي ج٣ ص٢٠ بلقاء المجتهد ج٢ ص١١٩ المجموع ج٩ ص٣١٢.

(٦) حاشية الدسوقي ج٣ ص٢٠ ، كشف القناع ج٣ ص١٦٩.

فقد خرج من بيع الجراف إلى بيع صبرة، معلومة القدر ، والعقد عليها جائز ، لمجيئها على وفق القواعد العامة^(١).

- الشرط الثالث ، أن يكون المبيع مما يتأتى فيه الحزر
ويجب أن يحزر فعلاً ممن اعتاد الحزر ، وسواء تم الحزر من المتعاقدين أو ممن وكلاه في ذلك لكونه يجيد الحزر^(٢) . ويقصد بتحزير المبيع ، أي تخمين قدره ، بحيث يمكن معرفته على وجه التقريب . فإن لم تيسر حذر المبيع ، فلا يجوز بيعه جزافاً . وعلى ذلك لا يجوز بيع الطيور التي تموج ويدخل بعضها في بعض ، كالعصافير الحية ، وصغار الدجاج ، لأنها لا يمكن حذرها ، أما المنبوح من ذلك فيجوز بيعه جزافاً إذا كثر وكان في مكان واحد ، بحيث يمكن حزره^(٣) .
ومن ثم فلا بد من معرفة مقدار المبيع تخميناً أو تحقيقاً^(٤).

- الشرط الرابع ، أن تستوي الأرض التي يوجد عليها المبيع
المراد ببيعه جزافاً أي الواقع وهي ظن المتعاقدين ، فإن ظنا ، أو أحدهما عدم الاستواء ، لم يجز ، وكان العقد فاسداً لقصد الخديعة ، وإن ظنا الاستواء ثم ظهر علو في الأرض ، كان الخيار للمشتري ، وإن ظهر انخفاض كان الخيار للبائع^(٥) .
وقد سلك الشافعية ثلاثة طرق عند بيع الصبرة جزافاً وهي على أرض غير مستوية ، الأولى : وهو أصحها ، أن هذا البيع يأخذ حكم بيع الغائب

(١) د/ أحمد على طه ريان ، المرجع السابق ص ٨٤.

(٢) بلغة السالك ج ٢ ص ٣٦٠ ، حاشية الدموقي ج ٣ ص ٢٠ .

(٣) حاشية الدموقي ج ٣ ص ٢٠ .

(٤) المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ٣١٤ .

(٥) شرح الخرش ج ٥ ص ٢٩٠ ، بلغة السالك ج ٢ ص ٣٦٠ ، حاشية الدموقي ج ٣ ص ٢٠ كشاف

القناع ج ٣ ص ١٦٩ - ١٧٠ .

لأنه لم تحصل رؤية تفيد المعرفة ، الثاني : القطع بالصحة . الثالث :
القطع بالبطلان ، وهذا ضعيف وهو منسوب إلى المحققين من
الشافعية^(١).

- الشرط الخامس ، أن يشق محله

فلا يباع المعدود جزافاً ، إلا إذا كان في عده مشقة فإن كان قليلاً بحيث
يسهل عده لم يجز بيعه جزافاً ، ولابد فيه من العد . وهذا بخلاف المكيل
والموزون فإنه يباع كل منهما جزافاً ولو لم يكن هناك مشقة في كيـله أو
وزنه . وذلك لأن المكيل والموزون مظنة المشقة ، لاحتياجهما للآلة
بخلاف المعدود ، فإنه يكتسر لغالب الناس^(٢) .

- الشرط السادس ، أن لا يقصد أفراد المبيع جزافاً .

وذلك كالجوز والبندق ، وصغار السمك ، فإن قصدت أفراده لاختلاف
الرغبة فيها ، كالثياب والدواب ، لم يجز بيعها جزافاً بل لابد من عدها
ويستثنى من ذلك ما يقصد أفراده ، ولكن يقل ثمنه ، فيجوز بيعه جزافاً
كالرمان والبطيخ ، وذلك لقلة التفاوت بين أفراده .

والحاصل أن ما يباع جزافاً من المعدود إما أن يعد بمشقة أولاً ، فإن
عد بلا مشقة لم يجز بيعه جزافاً مطلقاً ، قصدت أفراده أم لا ، قل ثمنها أم
لا وإن عد بمشقة ، فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافاً ، قل ثمنها أم لا
وإن قصدت أفرادها جاز إن قل ثمنها ، ومنع إن لم يقل^(٣) .

(١) المجموع ج٩ ص ٣١٤ ، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص ٣٦٧ .

(٢) حاشية النسوي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٠٠-٢١٠ .

(٣) شرح الخرش ج٥ ص ٢٩ ، حاشية النسوي ج٣ ص ٢٠٠-٢١٠ ، د/ محمد محمد يوسف البربري البيع
على مذهب الإمام مالك ص ٥٩- ٦٠ رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر (مخطوطة).

- الشرط السابع : أن لا يجتمع الجزاء مع مكيل في صفقة

واحدة

فلا يجوز مثلاً: بيع قمح جزافاً مع قمح مكيل ، كان يقول انشترت منك هذه الصبرة المجهولة القدر ، وهذه الصبرة المعلوم قدرها بكذا وذلك لأن انضمام المجهول إلى المعلوم يجعل في المعلوم جهلاً ، فيكون ذلك من الفرر المانع من صحة البيع^(١).

٧٥- تعيين المبيع برؤية بعضه .

كما يتحقق تعيين المبيع والعلم به برؤيته حال العقد وبالإشارة إليه وبوصفه عن طريق بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره فإنه يتحقق أيضاً برؤية بعض المبيع ، إن كان هذا يكفي في معرفة باقية كما هو الحال في رؤية ظاهر الصبرة وبعض المثلي من مكيل أو موزون كقمح وأرز وقطن ، أو قطعة قماش من ثوب واحد ، عند تجار الأقمشة وذلك إذا تمت الرؤية قبل العقد بزمن لا يحتمل أن يتغير فيه المبيع غالباً^(٢) .

وأجاز فقهاء الحنفية ، أن يكون المبيع قابلاً للتعيين بإرادة المشتري كبيع أحد ثوبين ، أو ثلاثة مع إعطاء المشتري خيار التعيين لأن المبيع هنا وإن لم يكن معيناً عند العقد ، فهو قابل للتعيين باختیار المشتري ، وقد أجاز الحنفية ذلك استحصاتاً، واستثناء من القاعدة المقررة عندهم والتي تقضي ببطان البيع إذا كان المبيع غير معين وقت العقد، ولذلك ضيقوا في تطبيق هذه الصورة، فأجازوها في ثوبين أو ثلاثة

(١) حاشية النسوق على الشرح الكبير ج٣ ص٢٣.

(٢) حاشية النسوق ج٣ ص٢٣ ، مواهب الجليل والناج والإكليل ج٤ ص٢٩٢ ، المجموع ج٩

ص٢٩٧ ، روضة الطالبين ج٣ ص٣٧٠ ، الشرح الكبير على من القنع ج٤ ص٢٧ ، كشاف

القناع ج٣ ص١٦٣ ، د/ محمد يوسف موسى المرجع السابق ص٣١٢ .

ولم يجزوها فيما زاد عليها ، لأن الاستثناء يقتصر فيسه على موضع الضرورة^(١) .

ومن ثم يكفى أن يكون الشيء المبيع معيناً ومعلوماً لدى المشتري دون حاجة إلى وصفه ، وتعريفه بوجه آخر^(٢) .

وإذا لم يكن المبيع معيناً ومعلوماً لدى المتعاقدين على النحو السابق، بأن كانت فيه جهالة فاحشة تفضي إلى المنازعة - كالجعل بجنس المبيع، أو نوعه أو صفته ، فلا ينعقد البيع . وإذا وقع فإنه يعتبر باطلاً عند الجمهور ، وفاسداً عند الحنفية^(٣) .

وشروط تعيين المبيع والعلم به علماً متعاً من الجهالة الفاحشة ، محل اتفاق بين الفقهاء في عقود المعاوضات كالبيع . أما في عقود التبرعات كالهبة والوصية فليس بشرط عند المالكية، لأن الجهالة في التبرعات لا تفضي إلى النزاع عادة لأنها تبرع وإحسان صرف^(٤) .

^(١) بدائع الصنائع ج٦ ص ٣٠٣٨ - ٣٠٣٩ د/ حسين حامد حسان المرجع السابق ص ٣١٣ - ٣١٤ .

^(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية . المادة رقم (٢٠٣) .

^(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق ج٣ ص ٦٩ د/ حسين حامد حسان المرجع السابق ص ٣١١ .

د/عبد الكريم زيان الدغل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٥٩ ط . الحادية عشر ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م مؤسسة الرسالة بيروت - مكتبة القدس بغداد .

^(٤) الفروق للعلامة القرافي ج١ ص ١٥٠ - ١٥١ ط . دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان .

الفرع الثانى

التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافى به

فى الفقه الإسلامى

٧٦- كما سبق أن رأينا أنه لابد فى تعيين المبيع فى الفقه الإسلامى من العلم به ، إذ لا يكفى أن يكون الشيء المبيع مميزاً عن غيره من الأشياء دون أن يعلم به المتعاقدان، ويمكن من خلال ما سبق استخلاص أوجه الفروق بين تعيين المبيع والعلم الكافى به فيما يلى :

١- تختلف درجة العلم اللازم لتعيين المبيع عن درجة العلم اللازم لتحقيق حد الكفاية من المعرفة لدى المشتري تبعاً لاختلاف نوع الجهالة الواجب رفعها عن طريق العلم بحقيقة المبيع.

فإن كانت الجهالة الواجب رفعها ، هى الجهالة الفاحشة التى تفضى إلى المنازعة ، وتمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع معها ، كما لو قال البائع للمشتري بعثك شاة من هذا القطيع ، أو ثوباً من هذا العذل ، فالباع يكون فاسداً ، لأن الشاة من القطيع والثوب من العذل ، مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة ، لتفاشئ التفاوت بين شاة وشاة ، وثوب وثوب فيوجب فساد البيع^(١) فالعلم الرافع لهذه الجهالة الفاحشة، هو الذى يتحقق به تعيين المبيع. بمعنى أن تعيين المبيع فى الفقه الإسلامى يتحقق بالعلم النافى للجهالة الفاحشة والغرر.

أما إذا كانت الجهالة الواجب رفعها هى الجهالة اليسيرة، التى لا تفضى إلى النزاع ، لأن المبيع يكون معها معيناً ومعلوماً للطرفين إلا أن المشتري لم يعلم ببعض المواصفات التى تتعلق بغرضه من

^(١) بدائع الصالح فى ترتيب الشرائع ج٦ ص ٣٨٨.

الشراء، والتي يتوقف على توافرها إضباغ حاجته الخاصة . فمثل هذه الجهالة ترتفع عند الرؤية ، لثبوت خيار الرؤية للمشتري، والعلم النافي لها ، هو المسمى بالعلم التام والكافى بالمبيع.

٢- يترتب على عدم تعيين المبيع فى الفقه الإسلامى ، عدم انعقاد العقد لانعدام الرضا به ، لأن الرضا لا يتعلق إلا بمعلوم^(١)، فإذا وقع التعاقد كان باطلاً أو فاسداً ، أما عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع ، فلا يؤثر على قيام العقد وصحته وذلك لتحقيق التراضى من الطرفين على المبيع إلا أن المشتري يتقرر له الحق فى خيار الرؤية بين إمضاء العقد أو فسخه ، لأن رضاه لم يكن تاماً .

٣- تعيين المبيع شرط لانعقاد البيع وصحته . أما العلم الكافى بالمبيع فهو شرط لزوم ، فيصح بيع ما لم يره المشتري ، لكنه لا يلزم^(٢) .

٤- تعيين المبيع حق مقرر لمصلحة الطرفين ، ولكن لا يجوز لهما التنازل عنه ، لما يحققه من رفع الجهالة الفاحشة والغرر، والذي هو حق لله تعالى . بينما العلم الكافى بالمبيع حق مقرر لمصلحة المشتري خاصة، فيجوز له التنازل عنه ، وإجازة العقد.

٥- تعيين المبيع يحقق توافر أصل الرضاء ، أما العلم الكافى بالمبيع فيتم هذا الرضاء.

٦- يتحقق تعيين المبيع ، بالعلم النافى للجهالة الفاحشة والغرر، عن طريق رؤية المبيع ، أو الإشارة إليه إن كان حاضراً فى مجلس العقد، أو رؤية بعضه إن كان يكفى فى العلم بالباقي ، كما يتحقق بوصفه عن طريق بيان جنسه ونوعه وصفته ومقداره ، إذا كان المبيع غالباً عن مجلس العقد ، وبالجمله يتحقق تعيين المبيع، بكل

(١) بدائع الصانع ج ٦ لوضع السابق.

(٢) بدائع الصانع ج ٣ ص ٣٠٥ .

ما من شأنه نفى الجهالة الفاحشة عن المبيع وفقاً لطبيعته ، أما العلم الكافى بالمبيع فإنه يتحقق بكافة الوسائل التى من شأنها إحاطة المشتري علماً بحقيقة المبيع وكافة مواصفاته التى تبين مدى ملاءمة المبيع لفرض المشتري من الشراء ، وهذه الوسائل تتنوع حسب طبيعة الشيء المبيع ، فقد يتحقق العلم الكافى برؤية المبيع ومعاينته أو سماع صوته ، أو جسمه أو شمه أو مذاقه أو تجربته واختباره . وقد يتحقق عن طريق إطلاع المشتري على البيانات الحقيقية عن المبيع ، والتى قد يدلى بها البائع للمشتري شفاهة ، أو يدرجها فى البرنامج الخاص بالمبيع ، أو غير ذلك من الوسائل^(١).

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص ٢٧ ، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٩٤ ، بلغة السالك والشرح الصغير جـ ٢

المطلب الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

بخصوص تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

يمكن القول بأن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي ، ففى اشتراط تعيين المبيع ، من حيث الجملة ، ويختلف معه من حيث التطبيق.

٧٧- أوجه الاتفاق :

يجب أن يتم تعيين المبيع وقت التعاقد حتى يصح البيع وأن التعيين يختلف باختلاف طبيعة الشيء المبيع ، وما إذا كان حاضراً فى مجلس العقد ، أو غائبا عنه ، فإن كان حاضراً فيتعين برؤيته ، أو الإشارة عليه أو إلى مكانه الخاص ، وإن كان غائباً عن مجلس العقد ، فيتعين بوصفه عن طريق بيان ، جنسه ونوعه ، ومقداره وصفته (درجة جودته).

- وقد يتم البيع بالتقدير ، بحيث يلزم معرفة قدر المبيع حتى يصح العقد وفى هذه الحالة يجوز تأخير إجراء عملية التقدير (كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مقاساً) إلى وقت تنفيذ العقد وتسليم المبيع ، ولا يلزم إجراءها وقت التعاقد ، لأن المبيع يكون معيئاً بجنسه ونوعه ، ويكفى فى مقداره أن يكون قابلاً للتعيين ، حتى يصح العقد ، وفى هذا يتفق القانون المدني مع مذهب جمهور الفقه الإسلامى وقد خالف فى ذلك فقهاء الظاهرية فاشتروا إجراء عملية التقدير (كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذراعاً) وقت التعاقد ، حتى يتم العقد على ذلك المقدار المعين فعلاً ، وإلا لم يقم التعاقد أصلاً ، فلا يكفى عندهم قابلية مقدار المبيع للتعيين بل يجب تعيينه فعلاً.

- وقد يتم البيع جزأاً ، ويكفى لتعيين المبيع رؤيته ، أو الإشارة عليه أو إلى مكانه الخاص ، وفى هذا يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامى.

٧٨- أوجه الاختلاف :

يتضح الاختلاف بين القانون المدني والفقه الإسلامي من حيث التطبيق ، حيث يتطلب الفقه الإسلامي قدرأ من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه القانون المدني، ويرجع ذلك إلى فكرة الغرر في الفقه الإسلامي.

فالفقه الإسلامي، يتوقى الغرر ما استطاع ، ويتجنب مظاهره ، فإذا لم يكن المحل معيناً تعييناً واضحاً ، لا يتطرق إليه أى احتمال خوف على الصفة من الغرر الذي يفسد العقد ، فمثلاً : إذا قال المشتري للبائع ، بيع لى من هذا اللحم كيلو بخمسة عشر جنياً، وعين الموضع ، بأن قال زن لى من هذا الجنب كيلو بكذا ، أو من هذا الفخذ ، فقد اختلف فقهاء الحنفية فى حكم البيع فى هذه الحالة، فقال الإمام أبو حنيفة بعدم الجواز، وإذا وقع البيع ، يكون فاسداً ، وذهب الصحابان إلى الجواز^(١).

ففى هذا المثال ، نجد أن المبيع قد عين جنسه ومقداره وثمنه والموضع من اللحم ، الذى يؤخذ منه ، جنباً كان أو فخذاً ، وهذا كاف فى القانون لاعتبار الشيء المبيع معيناً ، حيث يكتفى القانون المدني ، بأن يكون الشيء معيناً ببيان جنسه ونوعه ومقداره ، إذا لم يكن معيناً بالذات بينما الأمر محل خلاف فى المذهب الحنفى، فإذا كان الصحابان يقولان بجواز البيع فى هذه الحالة ، فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بفساد البيع وعدم جوازه لجهالة المبيع^(٢) ، وعلى ذلك يكون المبيع غير معين عند أبى حنيفة، مع أنه معين فى نظر القانون^(٣) .

(١) بدائع الصلتع ج٦ ص٤١٠.

(٢) د/ عبد الرزاق السهرورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج٣ ص٨٢.

(٣) د/ حسين حامد حسان . المرجع السابق ص٣١٨ هامش (١).

- وتعيين المبيع وفقاً للقانون يتحقق ، إذا تم وصفه بما يؤدي إلى تمييزه ويحول دون خلطه بشيء آخر ، حتى ولو لم يعلم به المتعاقدان حقيقة بينما يشترط الفقه الإسلامي في تعيين المبيع علم المتعاقدان به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة والغرر.

- ووفقاً للمادة (٢/١٣٣) من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه : " إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط " ، ففي هذه الحالة ألزم القانون المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، وقد لا يرضى بذلك الدائن إلا أن القانون أحل نفسه محل إرادة الطرفين أو أحدهما في هذه الحالة ، بما يتجافى مع المصلحة المرجوة والمبتغاة ، من العقد لأحد الطرفين . هذا ففى الوقت الذى لم يحدد فيه النص القانونى ، معياراً لتوسط الصنف الذى يلتزم به المدين ، مما يعطى الفرصة للمنازعة . وهو ما حرص الفقه الإسلامى على تلافيه ، باشتراط العلم النافى للجهالة الفاحشة ، المفضية إلى النزاع^(١) .

- والقانون المدني يكتفى بقابلية المحل للتعيين ، لكى يصح العقد ، من غير نظر إلى وجود الغرر أو عدمه^(٢) .

بينما المدار فى صحة العقد أو فساده فى الفقه الإسلامى ، يتوقف على عدم الغرر أو جوده فالمحل غير المعين وقت العقد ، والقابل للتعيين بعده يصبح بيعه إذا كان خالياً من الغرر كما فى بيع صبرة قمح ، كل إردب بكذا ولا يصح بيعه إذا كان فيه غرر وجهالة حين العقد ولو كان قابلاً للتعيين بعده ، فلا يصح أن يشتري شخص من هذا الثوب ما يكفيه قميصاً مثلاً كل ذراع بكذا وذلك للجهل بمقدار المبيع حال العقد ولا اعتبار للعلم الحاصل فى المال^(٣).

(١) د/ عبد الحميد محمد العلى . الطبيعة المتميزة للمقود وضوابطها فى الفقه الإسلامى جـ ١ ص ٢٣٥ .

(٢) د/ الصديق محمد الأمين الضير ، الغرر وأثره فى المقود . الرسالة السابقة ص ٢٧٧ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ١٧- ١٨ .

الفصل الثانى

مضمون العلم بالمبيع

٧٩- تمهيد وتقسيم ،

يشتمل مضمون العلم بالمبيع ، على البيانات والمعلومات التى تتعلق بالمبيع ، التى يهم المشتري معرفتها ، حتى يتحقق لديه العلم الكافى بحقيقة المبيع.

ونبين فيما يلى مضمون العلم الكافى فى كل من القانون المدنى ، والفقه الإسلامى ، ثم ن عقد مقارنة بينهما ، وذلك فى ثلاثة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول ، مضمون العلم بالمبيع فى القانون المدنى.

المبحث الثانى ، مضمون العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى.

المبحث الثالث ، مقارنة.

المبحث الأول

مضمون العلم بالمبيع في القانون المدني

٨٠- تمهيد وتقسيم :

لا شك أن البيانات والمواصفات والمعلومات التي تتعلق بالشئ المبيع والتي يهتم المشتري معرفتها كثيرة ومتنوعة ، إلا إنه من أهم هذه البيانات أو تلك المعلومات ، ما يتعلق بوضع الشئ القانوني أو حالته المادية . وتلك التي تتعلق بطريقة استخدامه أو التحذير من خطورته حيث تعد مثل هذه البيانات والمعلومات ذات أهمية خاصة بالنسبة إلى المشتري قد يتوقف على علمه بها اتخاذ قراره النهائي بإبرام العقد أو الإحجام عنه ، فضلاً عن أهميتها في تيسير الانتفاع الأفضل بالمبيع وتجنب خطورته .

وتظهر حاجة المشتري إلى العلم بوضع الشئ القانوني وحالته المادية قبل إبرام العقد ليتيسر اختيار الشئ المناسب لحاجته وغرضه من الشراء ، بينما لا يحتاج في الغالب إلى البيانات الخاصة بطريقة استخدام الشئ ، أو التحذير من خطورته ، إلا بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ليتيسر الاستخدام الأمثل للشئ ، وتحاشي أى ضرر يمكن أن يسببه.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

نخصص الأول لبيان وضع الشئ القانوني وحالته المادية.

ونخصص الثاني لبيان طريقة استخدام الشئ والتحذير من خطورته.

المطلب الأول

معرفة الوضع القانوني للشيء المبيع وحالته المادية
من البيانات الهامة التي يجب على البائع إحاطة المشتري علماً بها، مما
يتعلق بوضع الشيء القانوني ، أو حالته ومواصفاته المادية .

٨١- أولاً، بيانات ومعلومات عن الوضع القانوني للشيء المبيع
من البيانات الهامة التي يهم المشتري معرفتها عند إبرام العقد تلك التي
تتعلق بوضع الشيء القانوني ، والتي تبين ما إذا كان الشيء خالياً من
أية تكاليف وأعباء، أو حقوق عينية، أو شخصية للغير، أو محملاً بها.
وطبيعة ونوع هذه الحقوق عند وجودها ، لما قد يترتب على وجود مثل
هذه الحقوق، أو تلك التكاليف، من تعرض للمشتري في انتفاعه بالشيء.
ولذلك يلتزم البائع ، بأن يعلم المشتري بالوضع القانوني للشيء المبيع.
وقد أقام الفقه الفرنسي التزام البائع في هذه الحالة على
أساس، التزامه بضمان التعرض والاستحقاق *La Garantie du trouble de droit et la garantie d'éviction* وفقاً للمادتين (١٦٢٦ و ١٦٢٨) مدنى
فرنسي، والمقابلتين للمادتين (٤٣٩ و ٤٤٠) مدنى مصرى وكذلك ضمان
الارتفاقات غير الظاهرية أو المستورة *les servitudes non apparentes ou occultes* وفقاً للمادة (١٦٣٨) مدنى فرسى والمقابلة للمادة (٢/٤٤٥)
مدنى مصرى .

ويقوم التزام البائع بالضمان وتترتب مسؤوليته ، إذا لم يكشف
للمشتري عن هذه البيانات عند إبرام العقد^(١) ، ويلتزم البائع بإعلام

^(١) (yves) BOYER. Thèse précitée, n° 181 p257,
(Bernard) Gross. Thèse Précitée, n° 206, p. 197.,
GHESTIN et DESCHÉ, LA VENTE, OP. cit, n° 138 p148,
ph. MALAURIE et I. AYNÈS. Op. cit, t.VIII . 10 e èl , n° 309 p 212 .

المشتري بالعقبات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء المبيع ، ولا يعفيه من ذلك ، قيام الالتزام على عاتق المشتري بالاستعلام عنها^(١) .
وقد فرضت محكمة النقض الفرنسية على عاتق البائع التزاماً بإعلام المشتري عن الاتفاقات المستترة (غير الظاهرة) على أساس المادة (١٦٣٨) مدني فرنسي ، حيث قررت : " أن على البائع إعلام المشتري عن وجود إرتفاقات مستترة ، وليس على المشتري الاستعلام عنها في هذا الصدد"^(٢) .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأنه يجب على البائع إعلام المشتري عن كافة الحقوق العينية ، الموجودة على الشيء المبيع مثل : حق الملكية الذي يدعيه الغير على الشيء المبيع كله ، أو على جزء منه ، شائع أو غير شائع . وكذلك عن حقوق الإرتفاق والانتفاع ، وحقوق الامتياز ، والاختصاص ، والحكر ، وحق الرهن العيني.

ولا يقتصر التزام البائع في هذا الصدد على إعلام المشتري بالحقوق العينية الموجودة على الشيء المبيع بل يمتد إلى وجوب الإفصاح عن الحقوق الشخصية المترتبة على الشيء المبيع والتي تسرى في مواجهة المشتري ، كحق الإيجار مثلاً ، الذي رتبته البائع على المبيع لصالح الغير قبل البيع ، حيث تظهر أهمية إعلام المشتري به في القانون المدني المصري ، نظراً لما تنص عليه المادة (٦٠٤) في فقرتها الأولى من التقنيين المدني المصري ، من سريان الإيجار في مواجهة مشتري العين المؤجرة ، إذا كان هذا الإيجار ثابت التاريخ كشرط لسريانه في مواجهته ، ولذلك تبدو هنا الأهمية البالغة لالتزام البائع - عند إبرام عقد البيع

^(١) Cass 3c civ, 20 mars 1996: Bull civ III , n° 84 pp 54 et 55., R.J.D.A, 6/96 n° 767 p 547.

^(٢) Cass civ, 30 décem, 1940, D, 1941 p107 , note, CARBONNIER.

- بإعلام المشتري بحق الإيجار الثابت للغير والذي سيسرى في مواجهته، وإلا كان ضامناً لذلك^(١) .

والتزام البائع بإعلام المشتري عن التكاليف العينية، والحقوق الشخصية التي تثقل الشيء المبيع لا يمتد إلى الحقوق والارتفاقات الظاهرة أو التي يعلمها المشتري حسب نص المادة (٢/٤٤٥) من القانون المدني المصري ، فالبائع لا يضمن التعرض الناشئ عن وجود حق إرتفاق ظاهر ، وهو ما تدل عليه ، علامة مادية ظاهرة ، كوجود طريق للمرور ، أو مجرى مائي يمر بالأرض المباعة مثلاً.

ويجمع الفقه القانوني على قصر التزام البائع ، بإعلام المشتري عن الوضع القانوني للشيء المبيع، على الحقوق والارتفاقات غير الظاهرة (الخفية أو المستترة) كالارتفاق بعد البناء ، أو عدم التغطية^(٢).

ويلتزم البائع بإعلام المشتري قبل التعاقد بحقوق الارتفاق غير الظاهرة حتى ولو كانت مسجلة ، " باعتبار أن الهدف من تقرير الالتزام بالإعلام هو تمكين المشتري من قبول العقد، عن بصيرة كاملة ، وبالتالي يلتزم البائع بالضمان ولو كان حق الارتفاق غير الظاهر مسجلاً طالما هو لم يتم بإعلام المشتري به قبل التعاقد"^(٣) .

وتترتب مسؤولية البائع إذا لم يكشف المشتري عن أسباب الاستحقاق أو الأعباء التي تثقل الشيء المبيع وقت العقد^(٤) .

^(١) د/ نزيه محمد الصادق الهدي . المرجع السابق ص ٩١-٩٢.

^(٢) د/ نزيه محمد الصادق الهدي المرجع السابق ص ٩٣ ، د/ محمد إبراهيم دسوقي أبر الليل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ف ٤١ ص ١١٧ ط ١٩٨٥ . دار إيهاب للنشر والتوزيع أسوط .

^(٣) د/ محمد إبراهيم دسوقي . المرجع السابق ف ٤١ ص ١١٩.

^(٤) Jérôme HUET, responsabilité contractuelle, et responsabilité Délictuelle, thèse de doctorat, paris II, 1978, n° 282, p.268.

والتزام البائع بإعلام المشتري عن الوضع القانوني للشيء المبيع
يمتد إلى كافة المعلومات المتعلقة بتقيد حق المشتري في استعمال
المبيع، والانتفاع به بحيث يجب على البائع إعلام المشتري بالإجراءات
والأشكال الإدارية الضرورية التي يجب على المشتري اتخاذها حتى
يستطيع استعمال الشيء المبيع^(١)، فيعتبر البائع قد أخل بالتزامه بالإعلام
إذا لم يعلم المشتري بأن الحصول على تصريح بالبناء أمر ضروري لتشييد
منزل متحرك^(٢) . un mobil - home ou une maison mobile . أو أنه يجب
الحصول على تصريح من جهة الأمن ، لتركيب جهاز إنذار^(٣) .

وأرى أنه يمكن إقامة التزام البائع بإعلام المشتري بالوضع
القانوني للشيء المبيع على أساس نص المادة (٤١٩) من القانون المدني
المصري في فقرتها الأولى. والتي قررت أنه : " يعتبر العلم كافياً إذا
اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية ، بياناً يمكن من تعرفه".
فالمقصود ببيان المبيع : بيان وضعه القانوني ، إذ لا يتحقق العلم الكافي
لدى المشتري إلا إذا علم به ، وهو ما كانت تصرح به المادة (٥٧٣) من
المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري والتي حذفت من القانون في
لجنة المراجعة ، لأن حكمها يستفاد من القواعد العامة^(٤).

٨٢- ثانياً، بياناته ومعلوماته عن الوضع المادي للشيء المبيع،

يجب أن يكون المشتري عالماً بالخواص المادية والأوصاف
الأساسية للشيء المبيع وذلك حسب نص الفقرة الأولى للمادة (٤١٩)
من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه : " يجب أن يكون
المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على

^(١) luc Bhil, op. cit, n° 264, p. 130.

^(٢) Cass ler. Civ, 6 octo, 1982, D, 1982, I.R.p. 526, bull, civ, 1, n°279,p241.

^(٣) cass civ, 27 octo, 1981, D, 1982, I.R.P. 352, obs, B.Audit

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٤ ص ٥٥ الهامش .

بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه^(١). وحسب المادة الثانية في فقرتها الأولى ، من التشريع الفرنسي الصادر ١٨ يناير ١٩٩٢م الذى قوى حماية المستهلكين بإلغائه على عاتق البائع التزاماً بإعلام المشتري بالأوصاف الأساسية للشيء المبيع وأيضاً المادة (١/١١١) من قانون الاستهلاك الفرنسي والتين أقام الفقه والقضاء الفرنسيين على أساسهما التزام البائع بإعلام المشتري بالبيانات والمواصفات المادية للملعة^(٢).

والعلم بالمواصفات المادية للشيء المبيع يقتضى معرفة مكوناته وتركيباته ، وأجزائه الداخلية ، وكميته (مقداره، أو مقاسه) ودرجة جودته. وكافة العناصر التى تساعد على تكوين علم كافى لدى المشتري بحقيقة المبيع ومدى ملاءمته لقرضه من الشراء^(٣) . ويستطيع المشتري معرفة مواصفات المبيع المادية ، عن طريق معاينة المبيع ، والقيام بلحصه بنفسه ، فإذا لم يتمكن المشتري من ذلك واستحال عليه الاستعلام عن هذه المواصفات بوسائله الخاصة ، فإنه يقوم بالتزام على عاتق البائع بإعلام المشتري، بالمواصفات الأساسية والخصائص الجوهرية للشيء المبيع^(٤) .

^(١)F.collart et ph. Delebecque, op. cit, n° 93 p83., (Bernard) GROSS et philippe . BIHR, contrats , Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux, t.1.1er éd, THEMIS, 1993, P249., C.A.paris 25e ch.B,4 octs 1996,R,J,D,A, 5/97, n°629, p.415.

(2) fabre~ Magnan (Muriel) , thèse précitée n° 160 ,p 124 .

(3) (Alain)Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux 2e éd Montchren, 17 mors 1995 n° 198 p123

- Ducouloux – Favard (claud),op. cit, p114.

- Fabre- Magnan (Muriel) ,thèse précitée n° 160 p 124 .

ولا شك أن الأوصاف الأساسية للشيء المبيع، والتي يلزم علم المشتري بها ، إنما تختلف باختلاف الأشياء ، وهى بعد مسألة موضوعية ، نقاضى الموضوع فيها القول الفصل^(١) .

فمثلاً: إذا كان المبيع قطعة أرض بناء فإنه يجب على البائع أن يبين للشخص الراغب فى شرائها ، مساحة هذه الأرض ، وموقعها وأبعادها وحدودها التى تمثل وصفاً لوضعها المادى ، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فإنه يجب بيان رقم الحوض ، والقطعة التى توجد بها ، والناحية التى تضمها ، وحدودها الأربعة ، ومساحتها ، ونوع التربة ، وما تصلح له من أنواع المزروعات ، ووسائل ريها وصرقها^(٢) . وإذا كان المبيع منزلاً ، فإنه يجب بيان موقعه ورقمه ، واسم الشارع الذى يوجد فيه وبيان مساحته ، وعدد الطوابق التى يحويها وكيفية توزيع الحجرات فى الطابق الواحد ، وبيان المواد الأساسية التى روعيت فى بنائه ، بل قد يتطرق الوصف إلى بيان ما يجاوره وما يطل عليه إلى غير ذلك من الأوصاف الجوهرية^(٣) .

وإذا كان المبيع مسكناً تحت التشييد ، يتم حجزه على أساس رؤية رسمه على الخريطة الخاصة به ، فيجب بيان وضع العقار ، وما إذا كان المقصود شقة فى عقار مشترك ، أو منزل منفرد ، أو منزل فى مجموعة مساكن وبيان المساحة القابلة للسكنى تقريبياً ، وبيان أجزائه الداخلية وذكر عدد غرفه والمواقف بين الغرف ، وملحقاته ، كما يجب

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق ف٢٥ ص٣٦٠ .

^(٢) د/ محمد أنيب شنب ود/ مجدى مبحى خليل المرجع السابق ف٤٤ مكر ٧٤٤ .

د/ عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق ف٢٥ ص٣٦٠ .

^(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف٢٥ ص٣٦٠ .

د/ محمد نصر الدين منصور المرجع السابق ١٨٦٠ .

بيان طبيعة وجودة التشييد . على أن يتم ذكر وإحصاء هذه البيانات فسي
مذكرة فنية موجزة^(١) .

ومما هو جدير بالذكر أن العقد الذي يتم على أساسه حجز ، أو
حفظ مسكن تحت التشييد ، لا يعتبر عقد بيع ، ولا وعد بالبيع ، بل هو
عقد تمهيدى يسمى بعقد حفظ أو حجز مسكن تحت التشييد ، يتم على
أساس رؤية رسم وخريطة المسكن الذى سيتم تشييده^(٢) . ومن ثم لا يتم
عقد البيع الأصلي إلا بعد الانتهاء من تشييد المسكن ، ورؤية المشتري له
ورضائه به ، بعد التحقق من مطابقته فى مواصفاته ، لما تم الاتفاق عليه
فى العقد التمهيدى لحجز المسكن ، وإذا كان المبيع آلة ميكانيكية أو جهاز
كهربائى أو إلكترونى فإنه يجب بيان أجزائه وتركيباته الداخلية وخواصه
والمواد المصنوع منها .

وإذا كان المبيع دواءً فإنه يجب بيان خواصه وتركيباته ، والمواد الداخلة
فى صناعته.

وإذا كان المبيع سلعة أو منتجاً غذائياً فإنه يجب بيان البلد الأصلي
الذى صنع فيه والمواد الداخلة فى إنتاجه ، والإضافات الكيميائية كالألوان
والأصباغ ومعمقات الطعم ، فضلاً عن بيان كميته ووزنه الصافى وتاريخ
صلاحيته^(٣).

فإذا لم يخبر البائع المشتري بالأوصاف الأساسية والخصائص
المادية للشيء المبيع ثبت للمشتري الحق فى طلب إبطال البيع وفقاً للمادة
(٤١٩) مدنى مصرى وقد نقضت الدائرة الثالثة المنخية لمحكمة النقض
الفرنسية حكم محكمة الاستئناف الذى رفض طلب المشتري بإبطال البيع

(١) P'achat d'un logement sur plan. Le particulier Mensuel n° 899., mai 1997, P.63.

(٢) Le panticulier, article précité P.63.

(٣) (Lnc) Bihl , op. cit,n° 223, p.111.

لقطعه أرض لأن البائعة لم تعلمهم وقت إبرام العقد بالصفات الأساسية للأرض المبيعة ، وأنها لا تصلح للغرض المقصود من الشراء وهو إقامة مبنى سكنى ، حيث اكتشف المشترون بعد البيع وجود بركة مياه بالأرض المبيعة تعوق البناء ، وأنه توجد دعوى مقامة أمام القضاء لنفس السبب على نفس البائعة من مشتر آخر لقطعة مجاورة ، فرأت محكمة النقض أن البائعة كان يجب عليها إعلام المشترين بالصفات الجوهرية والخصائص المادية للأرض المبيعة، وحيث لم تقم بذلك فقد أخلت بالتزامها بالإعلام^(١). ومن الصفات المادية الهامة التى يجب أن يعلم بها المشتري وقت إبرام العقد ن ما يصيب المبيع من العيوب الخفية .

٨٢- الإلغاء بعيوب المبيع،

يجب على البائع إعلام المشتري بالعيوب الخفية المصناب بها الشيء المبيع وإلا كان ضامناً لها ، حسبما يستفاد من نص المادة (٤٤٧) مدنى مصرى، والمادة (١٦٤١) مدنى فرنسى. وقد أكد جانب من الفقه الفرنسى على أن الالتزام بضمان العيوب الخفية ما هو فى حقيقة الأمر إلا التزام بالإعلام بالأوصاف ، والبيانات الخاصة بالمبيع^(٢) لأن تنفيذ البائع لالتزامه بضمان العيب الخفى ، يتطلب قيامه أولاً بإعلام المشتري بهذا العيب عند إبرام العقد^(٣) .

ويشترط لقيام التزام البائع بالضمان ، أن يكون العيب خفياً ، حيث لا يضمن البائع العيب الظاهر . ومعيار ظهور العيب هو علم المشتري به وقت العقد بحيث يعتبر العيب خفياً ومن ثم يضمنه البائع إذا كان المشتري

^(١)Cass 3e civ, 30 juin 1992, Bull civ :III, n° 238 P145, R.J. D.A, 12/92 n° 1115, P.898., Contrats, Conc. Consom, décembre 1992, n° 218, p 5., note laurent LEVENEUR.

^(٢)(YVES) BOYER. Thèse précitée, n° 186. PP 264 et 265.

^(٣)(B) GROSS . thèse précitée, n° 204. P196.

جاهلاً به وقت البيع ، ولم يكن في استطاعته أن يتبينه بنفسه ، لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . " فالخفاء ليس عدم الظهور للنظر أو واقعاً فقط ، وإنما هو عدم العلم بالعيب واقعاً أو حكماً ^(١) . فإذا قام البائع بإعلام المشتري بأوصاف المبيع الأساسية وما به من عيوب ، فإنه يزول عن هذه العيوب وصف الخفاء ، فلا يضمنها البائع لعدم المشتري بها ^(٢) .

ولكن لا يكفي أن يقوم البائع بإعلام المشتري بعيب المبيع حتى يعفى من الضمان ، بل يجب فوق ذلك أن يُعلم المشتري بمدى تأثير العيب على قيمة المبيع أو منفعة لأنه يشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثراً بحيث يجعل الشيء غير صالح للاستعمال ، الذى كان مخصصاً له أو أنه ينقص من كفاءته إلى درجة أن المشتري لم يكن ليشتريه ، أو لم يكن لمعطى فيه إلا ثمن أقل لو علم به ^(٣) .

والبائع يضمن العيب الخفى الذى يجهله المشتري عند البيع ، حتى ولو كان البائع نفسه غير عالم بوجود هذا العيب ، وفقاً لنص المادة (٤٤٧) مدنى مصرى فى فقرتها الأولى.

ويرى جانب من الفقه المصرى " أن أساس إلزام التقنيين المدنى المصرى للبائع بضمان العيب الخفى حتى ولو لم يكن يعلمه ، هو أن البائع يكون ملتزماً فى هذه الحالة بالتزام بالإفشاء للمشتري ، بكافة المعلومات المتعلقة بالمبيع ، ذلك الالتزام النابع عن استحالة علم المشتري بهذه

^(١) د / حسام الدين الأهرمان : المرجع السابق ل ٧٥١ ص ٦٤١ .

^(٢) (Muriel) Fabre – Magnan, thèse précitée, n° 481 p304.

د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ١١٠-١١١ .

^(٣) (Muriel), Fabre-Mangnan, thèse précitée, n°384 P.305.

(J) Ghestin et (B)DESCHÉ, la vente, op. cit, n° 722, P. 765.

د/ أحمد شوقي عبد الرحمن . ضمان العيوب الخفية فى بيع السيارات فى ٤٧ ص ٤٨ . ط . ١٩٨٣م .

د/ رمزي فريد محمد مبروك أسباب سقوط الحق فى ضمان العيب الخفى . البحث السابق ص ١١١-١١٢ .

المعلومات بسبب حيازة البائع للشيء فإن كان ولا بد من تحديد شخص يتحمل ذلك فهو البائع ، بمقتضى التزامه بالضمان الذى يحمله إياه عقد البيع ، ويلزمه بمقتضاه بالإفضاء للمشتري ، بكافة بياناته^(١) .

وتزداد أهمية معرفة المشتري بالمواصفات المادية للشيء المباع إذا كان من الأشياء المستعملة ، كما فى حالة شراء سيارة مستعملة حيث لا تخلو الأشياء المستعملة عادة ، من وجود عيوب يهتم المشتري معرفتها ولذلك فرض القضاء الفرنسى على عاتق بائع السيارة المستعملة التزاماً بإعلام المشتري بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بأوصاف السيارة المستعملة المباعة ، بما ييسر للمشتري الوقوف على قيمة السيارة وصلاحياتها ، وملاءمتها لغرضه من الشراء. ومن أهم البيانات والمعلومات التى يهتم المشتري معرفتها فى هذا الخصوص ، سنة صنع السيارة وطرازها ، أو نوعها ، وسعة محركها ، والعدد الحقيقى والصحيح للكيلو مترات التى قطعتها ، والاستعمال السابق لها ، والغرض الذى كانت مخصصة للاستعمال فيه ، وأصل ومصدر الأجزاء الجوهرية لها. والحوادث السابقة التى تعرضت لها السيارة ، ومدى جسامته الحادث، ونوع الإصلاحات التى ترتبت عليه ، وكافة المعلومات الخاصة بالحالة العامة للسيارة وحالة أجزائها^(٢) .

ويحد من التزام البائع فى هذا الصدد كون العيب ظاهراً يسهل كشفه ببذل غناية الشخص العادى ، أو أن المشتري شخص متخصص تتوافر لديه المعرفة الفنية فى مجال السيارات . حيث يمكن بناء على خبرته الفنية الإحاطة ببعض عيوب السيارة ، التى تكمن فى قاعدة

(١) د/ نزيه محمد الصادق المهدى . المرجع السابق ص ١١٤-١١٥ .

(٢) Cass com, 29 nov 1971, Gaz, pal 1972, 1- p 237., Cass civ, 19 janv 1977, J.C.P, 1977, IV, P.68., cass civ, 24 nov 1976. J.C.P. 1977. IV , p.13., paris 13 nov 1962, Gaz. Pal, 1963, 1- p. 247.

السيارة ، أو الأجزاء الداخلية للمحرك ، بناء على شواهد خارجية معينة . فتلف بعض الأجزاء الداخلية للسيارة قد يستدل منه على درجة الاستعمال المفرط التي وصلت إليها حالة السيارة ، حيث يمكن للمشتري المحترف أن يتبين ذلك مما توافر لديه من خبرة فنية^(١).

ولكن تترتب مسؤولية البائع إذا عمد بطريق الغش والتدليس إلى إخفاء معلومات هامة عن المشتري تتعلق بالاستعمال السابق للسيارة حتى ولو كان المشتري شخصاً مهتماً متخصصاً . ولذلك قضت الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر السيارات نتيجة لتلاعبه في عداد سرعة السيارة بسوء نية بقصد إيقاع الطرف الآخر في الغلط والذي كان في نفس مهنته واختصاصه لأن مثل هذا التصرف الصادر من هذا البائع سيؤثر في النية يجعل من جهل المشتري بالمعلومات المتصلة بعدد الكيلو مترات التي قطعتها السيارة جهلاً مشروعاً حتى ولو كان المشتري مهتماً^(٢) ويلاحظ أنه يجب على البائع إعلام المشتري بالصفات المادية المتعلقة بالسيارة المباعة ، حتى ولو لم تكن داخله في نطاق العيب الخفى بالمعنى الفني له^(٣) ، والذي حددته محكمة النقض المصرية بأنه : " الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"^(٤).

وبذلك يسهم التزام البائع بالإعلام في توفير الحماية الكافية للمشتري والتي يصعب توفيرها له من خلال نظرية العيوب الخفية، لصعوبة إثبات شروطها من حيث أقدمية العيب وجسامته، وكونه مؤثراً

(١) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن . المرجع السابق ٤١٥ ص ٤١-٤٢.

(٢) Cass 1er, civ, 24 nov . 1976, Bull . civ . 1- n° 370 p291 .

(٣) (YVES) BOYER, thèse précitée , n°188 p269.

د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ١٢٠.

(٤) نقض ملئ مصري ١٠ أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر جـ ٤ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧.

أو كونه خفياً حيث إن تقرير التزام على عاتق البائع ، بإعلام المشتري في هذه الحالة يغطي ما لا تستطيع نظرية العيوب الخفية شموله^(١). ويلحق بالوضع المادى للشيء المبيع مواصفاته الاقتصادية حيث يجب إعلام المشتري بها ، فقد حكم القضاء الفرنسى بأن استهلاك السيارة المباعة من الطاقة (البنزين) ينبغى أن يتوافق وما ذكر فى الرسائل الإعلانية المصاحبة لبيع السيارة ، وإلا كان البائع مسئولاً بالتعويض فى مواجهة المضرور^(٢).

^(١) د/أحمد محمد الرضاوى ، الحماية المدنية للمستهلك الرسالة السابقة ص ١٢٨.

^(٢) paris 13 mai 1967. Gaz. Pal, 1967. II, P.34., Cass 1 er ch civ 18 mai 1966, Bull civ., -1- n° 308.

المطلب الثاني

معرفة طريقة استخدام المبيع وأوجه خطورته

لكي يستطيع المشتري استعمال المبيع على الوجه الذي يحقق له النفع المنشود ويجنبه أضراره، فبأنه يجب على البائع أن يعلمه بشروط وطريقة استخدام المبيع وأن يحذر من مخاطره، ويبين له الاحتياطات التي يجب اتخاذها لتجنب هذه المخاطر^(١).

٨٤- أولاً : البيانات والمعلومات الباقية بشروط وطريقة استخدام

Renseignements sur les conditions et la mode d'emploi de la
chose vendue

(١) V.en ce sens:

- F. Collart et ph. Delebecque, op. cit, n° 276 - pp. 183 et 184.
- (J) Ghestin. Conformité et garanties dans la vente, op. cit P 270., Ghestin et DESCHÉ, vente, op. cit, n° 867, P 921.,
- (B) Gross. Thèse précitée n° 217, pp. 207 et 208., B. GROSS et ph. BIHR. Op. cit, p. 255., (alain) Bénabent, op. cit, n° 199. P. 124., (J) HÉMARDE et (B) Bouloc, note sur cass 1er civ, 14 décem 1982, RTD com, 1984, p333., et note sur cass civ, 13 mai 1986, R.T.D. com 1987 oPP 241 et 242 n° 7. C.A.Rouen 14 Fév, 1979. D 1979, 1er, p350, nste, ch. LARROUMET- J.C.P, 1980, II, 19360, obs. Boinot.
- Cass 1er, civ, 31 janv 1973. Bull civ- 1- n° 40 p 37 - J.C.P. 1974. II 17846, note MALINVAUD (ph).

والنظر في الفقه المصري:

د/ علي سيد حسن الالتزام بالسلامة في عقد البيع المرجع السابق ص٨٨.

د/ جابر محجوب على ضمان سلامة المستهلك المرجع السابق ف، ٢٣ ص٢٣٦.

د/ محمد شكري سرور . مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ف١٢ ص٢٢ الطبعة الأولى ١٩٨٣ دار الفكر العربي .

د/ ثروت فتحي إسماعيل ، المسئولية المدنية للبائع المهني . الصانع والتوزيع ، رسالة دكتوراه ص٢٤٣ ط . ١٩٨٧ م كلية الحقوق جامعة عين شمس . د/ حسن عبد الباسط جيمي الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ف٢٩ ص٢٦٧. بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية السنة الثانية عشر ، العدد الثالث عشر كلية الحقوق جامعة أسيوط .

تزداد أهمية العلم بطريقة وشروط استخدام الشيء المبيع ، إذا كان من المنتجات الخطرة ، أو الجديدة ، أو المنتجات ذات التقنية العالية والمعقدة. فإذا كان المبيع من المنتجات الخطرة فإنه يقع على عاتق البائع الالتزام بإعلام المشتري بالطريقة المثلى لاستعماله ، وإحاطته علماً بالخطورة المحتملة التي يمكن أن تنتج عن الاستعمال الخاطئ للشيء الخطر كما يجب أن يتم هذا الإعلام قبل التعاقد نظراً لأن العلم بالصفة الخطرة للشيء محل الالتزام يعتبر من العناصر المكملة لرضاء الطرف الآخر^(١).

وإذا كان المبيع من الأجهزة الميكانيكية والكهربائية فإنه يجب تقديم طريقة الاستخدام الخاصة به عند طرحه للبيع بما يوضح كيفية تشغيل واستخدام هذه الأجهزة^(٢).

وقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على ضرورة إعلام المشتري بالصفة الخطرة للشيء المبيع وإحاطته علماً بكافة البيانات المتعلقة بطريقة استخدامه والاحتياطات الواجب مراعاتها عند الاستعمال لتجنب أضراره.

وتطبيقاً لذلك ذهبت الدائرة الأولى المدنية لحكمة النقص الفرنسية إلى أنه إذا كانت المادة العازلة للحرارة ، هي التي أدت إلى سرعة انتشار الحريق وما استتبعه من انهيار المصنع الذي لم يمض على إنشائه سوى ستة أشهر ، فإن الشركة المنتجة تكون مسئولة عن جميع الأضرار ، ما دام أنها لم توضح في بطاقة طريقة الاستعمال ، أن تلك المادة شديدة القابلية للاشتعال ، بل ذكرت على العكس ، أنها عازل جيد للحرارة وقابلة للاطفاء تلقائياً. الأمر الذي يفهم منه ، أنها لا تساعد على انتشار الحريق^(٣).

(١) د/ تزيه محمد الصادق الهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالأدلاء بالبيانات المرجع السابق ص ١٣٠ - ١٣١.

د/ أحمد محمد محمد الرفاعي الرسالة السابقة ص ١٤٢.

(2) (Vassili) CHRISTIANOS, thèse précitée, p. 170.

(3) Cass 1er, civ. 13 mai 1986, Bull civ., 1- n° 128 pp128 et 129, J.C.P., 1986, IV, p208, R.T.D. com 1987 n° 7 pp 241 242 obs J. HÉMARDET et B.Bouloc.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية منتج المواد الكيميائية المقاومة للطفيليات النباتية ، لإخلافه بالتزامه بإعلام المشتري عن شروط استخدامها وعدم توضيحه بالضبط ، مختلف أنواع الشتلات التى لا يناسبها هذا النوع من المواد^(١). حيث كان يجب عليه بيان ظروف استخدام المنتج المبيع ، وتحديد الوقت المناسب لمعالجة المزروعات بهذا المبيد الحشرى ، وبيان نوع النبات الذى يستخدم فيه^(٢) .

وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف الصادر بالتعويض فى مواجهة البائع الذى لم يبين للمتعاقد معه ، الصفة الخطرة للمادة المبيعة ، ومدى قابليتها للاشتعال ، رغم أن الصانع لم يشر فى نشرة الاستعمال إلى خطورتها وإنما أشار فقط إلى طريقة الاستعمال ، والاحتياطات الواجب مراعاتها عند الاستعمال^(٣) . وتعتبر الأدوية من أهم المنتجات الخطرة التى يجب إعلام المشتري بشروط وطريقة استخدامها . ويرجع ذلك إلى طبيعتها الخطرة بسبب ما تحوى عليه من تركيبات كيميائية سامة .

ولذلك يقرر الفقه التزامات على عاتق منتجى وبائعى المستحضرات الصيدلانية ، بإعلام المشتري بخصائص الأدوية المبيعة ، والتركيبات والمواد المكونة لها ، وبيان طريقة استخدامها ، والمخاطر التى يمكن أن تنتج عنها والاحتياطات التى يجب مراعاتها لتجنب أضرارها^(٤) ويرجع ذلك إلى أن المستحضر الصيدلى ، قد يكون خالياً من كل عيب ، وبالرغم من ذلك فإن

(١) cass civ. 22 nov, 1978, D, 1979, I. R. p 120 .

(٢) Vassili christianos, thèse précitée, p 174 .

(٣) cass 1er, civ 4 avril 1991, Bull. civ ; -1- n° 131 p 87., RTD com. 1992 n° 14 p 220. obs. B. Bouloc .

(٤) (D enise) Nguyen thanh – Bourgeais et (Janine) REVEL. la responsabilité du Fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue . J.C. P, 1975, doc, 2679, n°s 4 et 11, H. mazenau la responsabilité civile du vendeur – Fabricant, R.T. D. civ, 1955 n°17 p 618 .

د/ جمال عبد الرحمن محمد على . السولية المدنية لتجنى وبائى المستحضرات الصيدلانية . رسالة دكتوراه صـ

استعماله بطريقة خاطئة ، من الممكن أن يؤدي إلى مخاطر شتى بالمستهلك ، مما يوجب على المنتج أن يخبره ويرشده إلى الطريقة المثلى للاستعمال ، والتي من خلالها يمكن أن يجنبه للكثير من هذه المخاطر . وقد يؤدي الإسراف في تناول أحد المستحضرات الصيدلانية ، إلى إصابة المريض بأعراض جانبية خطيرة ، أو إلى وفاته ، كما قد يكون تعاطى مثل هذا المستحضر من قبل بعض المرضى ضاراً بهم ، نظراً لحالتهم الخاصة ، التي تقتضى ضرورة عدم تناوله^(١) .

وطبقاً لنص المادة (٥١٤٣) من قانون الصحة العامة الفرنسي والمادة (٥٧) من قانون مزاولة مهنة الصيدلة المصري ، فإنه يجب على صانع ومنتج الأدوية ذكر بعض البيانات والمعلومات عنها ، على أوعية و أغلفة المستحضرات الصيدلانية التي يقوم بإنتاجها . كأن يذكر مثلاً : اسم المنتج الصيدلي ، والمصنّع الذي قام بإنتاجه ، والمصنع الذي قام بعملية التعبئة والتغليف ، وأن يبين طريقة استعمال الدواء ، ومقدار الجرعة التي يجب تناولها . والأثر الطبى للدواء ومدّة صلاحيته ، ومخاطر استعماله ، والاحتياطات الواجب مراعاتها عند استعمال أو حفظ الدواء لتجنب أضراره ، وغير ذلك من البيانات الهامة .

وإذا كان المبيع من المنتجات الجديدة ، أو الحديثة الابتكار : فإن البائع يلتزم بإعلام المشتري بمواصفاته ، وطريقة استخدامه ، والمخاطر التي يمكن أن تنتج عنه - حتى ولو كان المشتري مهنياً - لأنه لا يستطيع معرفة المواصفات الدقيقة للمنتج الجديد ، ولا يمكن أن نعيب عليه عدم بحثه واستعلامه عنها^(٢) .

وإذا كان المبيع من الأجهزة ذات للتقنية العالية والمعقدة : كما هو الحال في الأجهزة الإلكترونية والمعلوماتية les biens informatiques كالحاسب

^(١) د/ جمال عبد الرحمن محمد على . الرسالة السابقة ص١٤٢-١٤٣ . د/ محمد عبد القادر الحاج . مسنولة

المستج والمروّج . دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقہ الإسلامي رسالة دكتوراه ص٧٦ ط .

١٩٨٢م كلية الحقوق . جامعة القاهرة .

^(٢) cass 4e com . 19 decem , 1995 , R.J.D.A , 4/ 96 n° 482 p 350 , cass 1er civ . 4 mai 1994 . Bull civ .1- n° 163 p 120 , R.T.D . com , n° 6 p 768 obs. B. Bouloc . , cass 4e com , 2 mai 1990 , Bull civ 17 , n° 133 p 89 .

الآلى L'ordinateur ، فإن البائع يلتزم بإعلام المشتري بالبيانات الخاصة باستعمال الجهاز^(١) . وعلى وجه الخصوص تقديم المعلومات العملية اللازمة لتشغيل البرنامج (دعم البرنامج) وإيضاح طريقة إدخال البيانات وتحديثها (أى التوصيف المستندى للبرنامج)^(٢) .

وقد يصل التزام البائع في هذه الحالة إلى حد تقديس المساعدة الفنية لمشتري الجهاز إذا كان قليل الخبرة والمعرفة في مجال نظم المعلومات^(٣) ويعتبر البائع مخلاً بالتزامه بالإعلام إذا لم يزود المشتري بنشرة الاستعمال الخاصة بالجهاز الذى باعه^(٤) ، ويترتب على إخلال البائع بالتزامه ببيان طريقة استخدام المبيع ، قيام مسؤوليته العقدية تجاه المشتري^(٥) .

ولرى أن التزام البائع ، بإعلام المشتري بظروف وطريقة استخدام الشيء المبيع ، لا يقتصر على المبيعات الخطرة ، أو الأجهزة الدقيقة والمعقدة ، بل يشمل كافة المبيعات التى تحتاج إلى إتباع طريقة خاصة فى استعمالها ، حتى يتمكن المشتري من الانتفاع بها وتحقيق الغرض من شرائها ، على أكمل وجه .

ويلاحظ أن التزام المنتج ، أو البائع فى هذا الشأن يقتصر على بيان الطريقة الصحيحة لاستعمال السلعة المباعة وفقاً للغرض المخصصة له بطبيعتها . ومن ثم فلا يسأل البائع عن الضرر الذى يقيق بالمشتري ، الذى يتجاهل ، طريقة الاستخدام التى بينها المنتج ، أو الغرض الذى حدد استعمال السلعة فيه ، وقام

^(١) R . T . D com , 1991 , n° 5 pp 86 et 87 , obs . B . Bouloc .

(Vassili) CHRISTIANOS . thèse , précitée , pp 170 et 171 .

د/ عزة محمود أحمد خليل . مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلى دراسة مقارنة في القانون المدن والشريعة الإسلامية رسالة ذكرهه ص ١٣٣ . ط ١٩٩٤ م كلية الحقوق جامعة القاهرة .

^(٢) د/ عزة محمود أحمد خليل الرسالة السابقة . ص ١٣٧ ف ١٥ .

^(٣) C . A . paris 15e ch . 27 septembre 1996 , R . J . D . A , 3/ 97 n° 341 p 215 .

^(٤) cass 1er civ , 22 Janv 1992 , R . J . D . A , 6/ 92 n° 570 p 459 .

^(٥) cass civ , 4 octobre . 1977 , gaz . pal 1978 . 1 , p 262 .

بإستعمال السلعة بطريقة خاطئة أو فى غرض آخر خلاص لا يمكن للبائع أن يتوقعه ، مما أدى إلى الإضرار به^(١) .

٨٥ - ثانياً ، التحذير من خطورة المبيع .

لا يكفى أن يقوم البائع بإعلام المشتري بطريقة استخدام الشيء المبيع للحصول على منفاه على أكمل وجه ، بل يتعين عليه بالإضافة إلى ذلك أن يحذره من المخاطر التى يمكن أن تتجم عن استعمال الشيء أو حيازته وحفظه . وأن يبين له بكل دقة جميع الاحتياطات التى يجب عليه إتخاذها لتجنب أضرار الشيء المبيع ، خاصة إذا كان من الأشياء الخطرة ، والمعقدة التركيب ، والصعبة الاستعمال ، أو الحديثة الإبتكار^(٢) .

ويقوم التزام البائع المهنى بتحذير المشتري من المخاطر المحتملة التى يمكن أن تترتب على استعمال الشيء المبيع أو حيازته وجنب انتباهه attirer son attention إلى الاحتياطات التى يجب إتخاذها لتجنب أضراره ، أيضاً كانت صفة المشتري ، وسواء أكان شخصاً عادياً ، أم مهنيّاً متخصصاً^(٣) .

^(١) د/ محمد شكرى سرور مسئولية المتع عن الأضرار التى تسببها معجالت الخطرة . المرجع السابق ف ١٢

ص ٢٢-٢٣ و د/ على سيد حسن الالتزام بالسلامة ل عقد البيع المرجع السابق ص ٨٩

د/ جابر عجوب على ضمان سلامة المستهلك المرجع السابق ف ٢٣١ ص ٢٣٧ .

⁽²⁾ Ghestin et DESCHÉ. La vente , op. cit n° 867 p 927 . Gross et . BIHR. op. cit . p 255 . collart et . Delebecque , op. cit , n° 216 , p. 184 . (Jérôme) HUET , traité de droit civil , les principaux contrats spéciaux . éd . L . G . D . J , 1996 n° 11267 p 216 , sophie Dion . note sur cass civ . 23 avril 1985 . D . 1985 pp 560 et 564 . cass 1er civ , 27 Fèv 1985 , Bull civ - I , n° 82 p 75 .

د/ محمود جمال النين زكى . مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ ص ٤٤٤ ط ١٩٧٨ م

د/ فروت فتحي إسماعيل الرسالة السابقة ص ٣٤٥ ، د/ على سيد حسن . المرجع السابق ص ٨٩

د/ جابر عجوب على . المرجع السابق ف ٢٣٢ ص ٢٣٨ .

⁽³⁾ cass 4 com . 2 mai 1990 , Bull civ , 1V , n° 133 p 89 .

cass com , 25 nov 1963 , D , 1964 , jurils . p . 106 .

ويقصد بالتحذير في هذا الصدد : لفت انتباه المشتري حول مخاطر استعمال الشيء المبيع ، وحيارته . وتنبهه إلى الإحتياطات les précautions التي يجب عليه أن يتخذها لتجنب أضراره^(١) .

ولكى يحقق التحذير الغرض المقصود منه ، وبحيث يعتبر البائع موثقاً بالتزامه بالإعلام والتحذير على أكمل وجه ، فإنه لا بد وأن يستجمع التحذير خصائص معينة ، أبرزها : أن يكون كاملاً ، وواضحاً ، وظاهراً ، ولصيقاً بالمنتج ذاته .

وسنبيّن المعنى المراد بكل خاصية من هذه الخصائص على النحو التالي .
٨٦ - يجب أن يكون التحذير كاملاً .

يقصد بالتحذير الكامل ، ذلك الذي ينبه المشتري إلى جميع الأخطار التي يمكن أن تلحقه في شخصه أو في أمواله ، من جراء استعمال السلعة أو حيازتها ويبين له الإحتياطات التي يجب اتخاذها لتجنب ، هذه الأخطار^(٢) .

ومن ثم فلا يجوز أن يقوم المنتج (الصانع) ، بالإفصاح عن بعض المخاطر ، وإخفاء البعض الآخر بهدف بث الاطمئنان في نفوس المستهلكين وتشجيعهم على الإقدام على الشراء . ذلك أن واجب الأمانة le devoir de loyauté ، ومبدأ حسن النية le principe de bonne Foi ، للذان يهيمنان على العقد عند إبرامه وفي مرحلة تنفيذه ، يمليان على المنتج أن يحترم ما يوليه المتعاملون إياه من ثقة ، وأن يتجرد من الاعتبارات التجارية ، وينظر إليهم نظرة إنسانية ، وأخلاقية^(٣) . فإذا لم يحترم المنتج هذه الاعتبارات وعمد إلى إخفاء

^(١) vassili CHRISTIAON. thèse précitée , pp 187 et 189 .

د/ محمد شكري سرور . المرجع السابق ف ١٦ و ٢٣ - ٢٥٢٣ .

^(٢) د/ محمد شكري سرور . المرجع السابق ف ١٦ - ٢٥٥ ، د/ لوت فيحي إسماعيل . الرسالة السابقة صـ

٢٤٧ ، د/ علي سيد حسن . المرجع السابق صـ ٩٠ ، د/ جابر معجوب على المرجع السابق ف ٢٣٢

صـ ٢٣٨ .

^(٣) (Jean) Alisse , Thèse précitée n° 143 p 122 . Yves BOYER . thèse - précitée . n° 219 p 309 . , (Jean - Francis) Overstake , la responsabilité du Fabricant de produits dangereux , R.T.D. civ. 1972 n° 27 , p. 496 .

بعض المخاطر أو لم يفصح عن كيفية الوقاية منها ، فإنه يعد مقصراً ، وتقوم من ثم مسؤوليته ، عما يلحق المشتريين من أضرار^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : ((إذا كان غسول الشعر يحتوى على مادة ، ذات تأثير ضار جداً بالجلد ، ويمكن أن تؤدى إلى إصابة المستعملين بحساسية شديدة ، فإن المنتج الذى لا يقوم بلفت انتباه العملاء إلى تلك المخاطر ، وإلى الوسائل الكفيلة بتجنبها ، يلتزم بتعويض كل من يضر نتيجة لذلك))^(٢) .

ويتحتم أن يكون التحذير كاملاً إذا كان المبيع ، من المنتجات التى تنطوى على درجة كبيرة من الخطورة ، كالمواد السامة والقابلة للاشتعال ، والمنتجات الصيدلانية ، والمواد المحفوظة .

فإذا كان المبيع من المنتجات السامة : les produits toxiques فإنه يجب على المنتج أن ينبه المشتري إلى جميع المخاطر التى يمكن أن تنجم عن استعماله ، وأن يبين له طريقة الوقاية منها وإلا ترتبت مسؤوليته . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأنه : إذا أصيب مزارع بعجز دائم فى عينيه نتيجة لتطايير بضعة ثرات من المادة المقلوقة للطفوليات (مبيد حشرى) بفعل الريح ، فإن المنتج يكون مسؤولاً عن هذه الإصابة ، ولا يمكنه التخلص من المسؤولية ، بالاستناد إلى قيامه بلفت انتباه العملاء إلى ضرورة غسل الوجه واليدين بعد استعمال هذه المادة وعدم تركها فترة طويلة على الجلد . ((إذ أن مجرد التوصية البسيطة الموضوعة في نشرة الاستعمال ، بتحاشي اتصال المبيد الحشرى بالجلد ، لم تكن كافية لتحذير المستعملين ضد المخاطر الجسيمة والأضرار البالغة له ، وحُثهم على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية العينين))^(٣) . فقد كان يتعين على المنتج أن يبين لهم على وجه الدقة ، وبكل وضوح ، المخاطر

(١) د/ جابر عجوب على . المرجع السابق ٢٣٣ ص ٢٣٩ .

(٢) cass. civ. 5 mai 1959. J. C. P. 1959. II, 11159.

(٣) cass 1er civ. 14 decem 1982, Bull. civ - I - n° 361 p 309.

الجسيمة لهذه المادة على العينين ، حتى يتسنى لهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنبها^(١) .

ويصدد المواد القابلة للاشتعال : **les produits inflammables** : قضت الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بأنه : إذا كان استعمال المادة اللاصقة للأرضيات *une colle* ، في أماكن مغلقة من شأنه أن يؤدي إلى تصاعد أبخرة سريعة الاشتعال ، مما يهدد بوقوع انفجار ، فإنه يجب على الصانع أن يحيط المشتري علماً ، بجميع المخاطر التي يمكن أن تنجم عن استعمال هذه المادة وأن ينبهه إلى ضرورة تهوية الأماكن ، التي تستعمل فيها ، كاحتياط يجب القيام به لتجنب مخاطر الانفجار . وإلا كان مسئولاً عن مصرع المشتري وإصابة ابنه نتيجة اندلاع النار على إثر قيام هذا الأخير بإشعال عود ثقاب ، في الغرفة المجاورة ، ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون قد أدرج على العبوة ، عبارة (مادة قابلة للاشتعال) دون أي إيضاحات أخرى^(٢) .

وبالنسبة للمستحضرات الصيدلانية والأدوية : **les produits médicamenteux** ، فإن التحذير من أخطارها ، لا يكون كاملاً ووافياً ، إلا إذا ورد بطريقة تفصيلية ، بحيث يوضح مدة صلاحية الدواء للاستعمال ، والأضرار التي يمكن أن تنجم عن تعاطيه لمدة طويلة ، أو بجرعات كبيرة ، وأثره الجانبية والحالات التي يمتنع تعاطيه فيها ، وضرورة أن يكون استعماله تحت إشراف الطبيب ، وبيان كيفية الاحتفاظ به بعد فتحه ، فإن كان من شأن الدواء أن يفقد فعاليته أو بعض خواصه بعد فترة معينة من فتح العبوة ، فبأنه يجب على المنتج أن يلفت انتباه المستهلكين إلى الأضرار التي تترتب على استعماله بعد مضي تلك المدة^(٣) .

^(١) (Georges) DURRY , note sur cass civ 14 déc 1982 . R.T.D civ , 1983 , n° 9 , p . 545 .

^(٢) ' cass 1er civ , 31 , janv 1973 , Bull . civ -1- n° 40 pp 36 et 37 . J.C.P . 1973 , 1V , p

106 , J.C.P . 1975 , doctrine , 2679 , n° 1 .

^(٣) C.A . rouen . 14 Fèv . 1979 , D , 1979 , 1R , p 350 , note LARROUMET . (CH) .

د/على سيد حسن المرجع السابق ص ٩٢ ، د/ جمال عبد الرحمن محمد علي . الرسالة السابقة ص ١٥٠ .

وبالنسبة للمواد الغذائية المحفوظة فى عبوات مغلقة : les Produits alimentaires en conserves . فإن المنتج يلتزم ببيان مدة صلاحيتها للاستهلاك ، والمدة التى يجب أن تستهلك خلالها العبوة من تاريخ فتحها والأخطار التى يمكن أن تنجم عن تناولها بعد انقضاء هذه المدة أو تلك كما يجب بيان أفضل الطرق لحفظ هذه المنتجات ، ولمنعها من التلف أو الانفجار كبيان درجة الحرارة ، التى يجب أن تحفظ فيها^(١).

ولكى يكون التحذير وافياً ، فإنه يجب على المنتج أن ينبه المستهلك ، إلى المخاطر التى يمكن أن تنتج عن حيازة الشيء ، وأن يبين له طريقة الوقاية منها كما لو كان الشيء قابلاً للانفجار تحت تأثير الحرارة فيجب أن يتطرق التحذير إلى ضرورة حفظ الشيء بعيداً عن المصدر الحرارى^(٢) .

وتقدير مدى كفاية التحذير من عدمه ، يعتبر من الأمور التى تخضع للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع وهو يراعى فى هذا الشأن صفة المشتري وما إذا كان شخصاً عادياً ، أو مهنيًا متخصصاً ، وطبيعة الشيء المباع ومدى شيوعه استعماله ، وما إذا كان معداً للاستعمال من قبل العامة ، أم يقتصر استخدامه على المتخصصين فقط .

٨٧ - يجب أن يكون التحذير واضحاً :

التحذير الواضح هو الذى يبين المخاطر ، ووسائل الوقاية منها ، بالفاظ وعبارات ، بسيطة التركيب ، سهلة الفهم ، واضحة الدلالة . ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان التحذير خالياً من المصطلحات الفنية المعقدة التى يتعذر فهمها على غير المتخصص^(٣) .

(١) (J . F) overtake , article précité , n° 19 p 494 ., THANH . - Bourgeois , l'obligation d'informer des consommateurs . J.C.P. 1973 . éd . c.1, II, 10864 , n° 29 .

د/ جابر محجوب على . المرجع السابق ف ٢٣٨ - ٢٤٣ .

(٢) د/ محمد شكرى مروز . المرجع السابق ف ١٧ - ٢٦، ٢٧ .

(٣) (G) viney , lares ponsabilité ; conditions , op . cit , n° 511 p 618 .

د/ على سيد حسن المرجع السابق . - ٦٣ د/ جابر محجوب على المرجع السابق ف ٢٤٠ - ٢٤٤ .

وقد يكون من الملائم أن يرفق المنتج بالتحذير المكتوب رسماً مبسطاً يرمز للخطر الذي يمكن أن ينجم عن منتجاته ، خاصة إذا كان من المحتمل أن يكون مستعملوا هذه المنتجات ممن لا يعرفون القراءة^(١) .

وإذا كانت المنتجات معدة للتصدير إلى دولة أجنبية ، فمن اللازم أن تكتب عبارة التحذير بعدة لغات أساسية ، إلى جانب لغة بلد الإنتاج ، ولغة البلد الذي ستصدر إليه^(٢) ، وقد حرص المشرع الفرنسي على النص صراحة ، على هذا الحكم بالنسبة للسلع الغذائية التي تطرح للتداول في فرنسا ، حيث أوجب كتابة جميع البيانات الإلزامية التي ورد النص عليها في المرسوم رقم (٩٣٧/٧٢) باللغة الفرنسية أيأ كان بلد الإنتاج^(٣) . ثم عمم هذا الحكم على جميع أنواع السلع والخدمات ، بمقتضى القانون رقم ١٣٤٩،٧٥ ، الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥م والخاص باستعمال اللغة الفرنسية^(٤) .

وفي مصر فإن القرارات الوزارية الصادرة في هذا الشأن ، تطلبت استخدام اللغة العربية ، في تحرير بطاقات البيانات الإلزامية الخاصة بالمواد الغذائية ، دون غيرها من المنتجات^(٥) ، وهو تمييز ليس له مبرر لأن حاجة المستهلكين ، في وضوح التحذير ، لا تقتصر على المواد الغذائية فقط ، بل تمتد إلى كافة السلع والخدمات ، التي من شأن استعمالها إلحاق الضرر بهم ، نتيجة لغموض التحذير من أخطارها . فكان حرياً بالسلطات المصرية ، أن تعمم الحكم على جميع السلع والخدمات ، كما فعل المشرع الفرنسي .

(١) د/ محمد شكرى سرور . المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨ .

(٢) د/ محمد شكرى سرور . المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨ .

(٣) Décret n° 72 , 937 , du 12 octobre . 1972 , relatif à l' étiquetage des produits alimentaires , J.C.P , 1972 , III , 39732 .

THANH . Bour GEAS , article précité , n° 28 .

(٤) R.T.D . com , 1983 , n° 2 p 111 , obs . J . HÉMARD . et B . Bouloc .

(٥) د/ فروت فيحي إسماعيل ، الرسالة السابقة . ص ٣٥١-٣٥٢ .

كما يجب أن تكون العبارات المستخدمة واضحة الدلالة في معنى التحذير من الخطر الذي يمكن أن يخلق بالمستهلك ، حتى لا تفهم على أنها مجرد بيان أو توصية بالطريقة المثلى لاستعمال السلعة لكي تظل محتفظة بفاعليتها ولذلك لا تكفى عبارة ((يحفظ في مكان بارد)) والتي يضعها منتجي عصائر الفاكهة على الزجاجات المعبأة بالعصير إذ قد يفهم المستهلك هذه العبارة على أنها مجرد توصية بالإبقاء على العصير ، محتفظاً بخواصه الطبيعية فسي حين أن المنتج يقصد منها ، تجنب تخمر العصير بفعل الحرارة ، وما قد يؤدي إليه ، من احتمال انفجار الزجاجاة^(١) .

٨٨ - يجب أن يكون التحذير ظاهراً ،

التحذير الظاهر هو الذي يجنب على الفور اقتناء المستهلك ، بحيث يصطدم بنظره من الوهلة الأولى^(٢) ويجب على المنتج إظهار التحذيرات الخاصة بخطورة المبيع ، بحيث يتمكن المشتري من التنبيه إليها وللمنتج مطلق الحرية في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة لإظهار التحذير كأن يعمد إلى فصل البيانات التحذيرية عن بقية البيانات الأخرى المتعلقة بخصائص الشيء وطريقة استعماله عن طريق استخدام لون مختلف في الطباعة ، أو استعمال حروف طباعة مختلفة الشكل أو كبيرة الحجم^(٣) . وقد فرض المرسوم الفرنسي رقم ٩٣٧/٧٢ ، الصادر في ١٢ أكتوبر ١٩٧٢ م والمتعلق بعنوان المنتجات الغذائية. L'étiquetage des produits alimentaires ، على علق صناع المنتجات الغذائية ، التزاماً إجبارياً بالإعلام ، يترجم في شكل بيانات إجبارية . هذه البيانات يجب أن تكتب

^(١) (J.F) overtake , article précité , n° 21 , p . 495 .

د/ محمد شكري سرور . المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨ .

^(٢) thanh - bourgeois et J . REVEL . article précité , n° 10 .

د/ محمد شكري سرور . المرجع السابق ف ١٨ ص ٢٨ .

^(٣) (anne - marie) CHEMEL , la responsabilité du Fabricant en droit Français anglais , américain thèse de doctorat . paris 1975 , p 84 .

د/ محمد شكري سرور ، المرجع السابق في ١٩ ص ٢٩ .

بحروف ظاهرة ، وأن تجمع على جزء معين من الغلاف ، بصورة تسهل رؤيتها وقراءتها في الظروف العادية^(١) .

٨٩ - يجب أن يكون التحذير . ملاصقاً للمنتجات .

لكي يحقق التحذير الغرض منه وهو لفت انتباه المشتري إلى المخاطر التي تحيط باستعمال الشيء أو حيازته والاحتياطات التي يجب اتخاذها للوقاية منها ، فإنه يجب أن يكون لصيقاً بالشيء المبيع لا ينفك عنه .

ولا صعوبة في ذلك إن كان الشيء المبيع ذو قوام صلب ، كالآلات والمعدات والأجهزة ، إذ يمكن عندئذ أن ينقش التحذير عليه ، أو أن يكتب على قطعة معدنية تثبت على جداره مثلاً^(٢) .

أما إذا كان المبيع ذا قوام رخو ، كالأطعمة التي توضع في معبئات والأشربة التي تعبأ في زجاجات ، والمنتجات الدوائية التي تعبأ في قناب ، فإنه يجب كتابة التحذير على نفس العبوة التي تحويها (كالعبوة أو الزجاجية ، أو الأكبوبة) ، فإن كانت العبوة بدورها موضوعة في غلاف خارجي كطبة من الكرتون مثلاً ، فإنه يجب أن يكتب التحذير أيضاً على هذا الغلاف الخارجي ولكن هذا لا يغني عن كتابته على العبوة المبشورة لأن المشتري قد يتخلص من الغلاف أو يفقده لأي سبب من الأسباب^(٣) .

ويرى بعض الفقه أنه يكفي أن يدرج التحذير في ورقة مطبوعة أو في كتيب صغير يوضع مع الزجاجية أو الأنبوبة داخل الطبة التي تحويها أو يرفق بالجهاز المبيع وذلك على أساس ((أن تحديد مكان وضع التحذير ، يتوقف على

^(١) thanh - bourgeois et J. REVEL , article précité , n° 10., THANH - bourgeois , L obligation d informer les consommateurs article précité , n° 25 .

^(٢) (ph) le tourneau . la responsabilité civile n° 1754 p 556 , 3e éd . D . 1982 .

د/ عماد شكرى مرور . المرجع السابق ف ٢٠ - ٢٩ د/ على سيد حسن المرجع السابق . ٩٦ -

^(٣) د/ عماد شكرى مرور المرجع السابق ف ٢٠ - ٢٩ ، د/ حسام الدين كامل الاخوان . المرجع السابق ف

٥٦٢ - ٤٧٥ ، د/ على سيد حسن المرجع السابق ٩٦ ، د/ جابر عجوب على . المرجع السابق ف

طبيعة الشيء المنتج (المبيع) ، ونوع وشكل العبوة التي تحتويه^(١) . بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أنه لا يكفي كتابة التحذير في نشرة مطبوعة أو كتيب صغير يوضع داخل العبوة التي تحتوي الزجاجاة أو الأنبوبة أو يرفق مع الجهاز المبيع ، بل لابد من كتابة التحذير على جسم السلعة ، أو العبوة المباشرة التي تحتويها ، لأن المشتري قد يفقد الورقة أو الكتيب عند أول استعمال في حين أنه في حاجة إلى تنبيه مستمر ، كلما قصد إلى استعمال الشيء ، بل إن المشتري قد لا يظن إلى وجود هذه الورقة الموضوعية داخل العبوة ، وقد يحدث أن يسكب المبيع السائل ، على النشرة المطبوعة الموجودة داخل العبوة مما يؤدي إلى محو البيانات المذكورة فيها^(٢) ، وهو ما أُويد في خصوص التحذير من مخاطر المبيع بالذات . أما بقية البيانات المتعلقة بالشيء المبيع ، والتي توضح خصائصه ومواصفاته المادية ، فيكفي إدراجها في نشرة ، أو كتيب يرفق مع المبيع .

ولا يجوز من باب أولى ، أن يكتب التحذير في أوراق منفصلة تماماً عن المنتج المبيع ، كالتحذير الذي يتم إدراجه في الفواتير ، أو في شهادات الضمان التي تسلم مع الأجهزة^(٣) ، ولكن إذا كان المبيع هو العبوات الفارغة التي كانت تحتوي المنتجات ، كالأكياس مثلاً ، فإن التزام المنتج بالتحذير ينحصر في الإفصاح للمشتري عما كانت تحويه هذه العبوات . ومن ثم فلا يسأل المنتج عن الأضرار التي تنشأ عن إعادة تعبئة هذه العبوات ، بمواد ذات خواص مختلفة مما يجعل هناك اختلافاً بين السلعة للمعابة ، والتحذيرات المدرجة على العبوة^(٤) ، وهذا

^(١) د/ ثروت فصي إسماعيل الرسالة السابقة . ص ٣٥٤ .

^(٢) overstate , article précité , n° 21 p 495 .

د/ محمد شكري سرور المرجع السابق ف ٢٠ ص ٢٩ ، د/ علي سيد حسن المرجع السابق ص ٩٦ ، د/ جمال عبد الرحمن محمد علي . الرسالة السابقة ص ١٥٨ ، د/ جابر عجوب علي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٦ ص ٢٤٨ .

^(٣) د/ محمد شكري سرور المرجع السابق ف ٢٠ ص ٣٠ ، د/ علي سيد حسن المرجع السابق ص ٩٧ .

^(٤) د/ محمد شكري سرور المرجع السابق ف ٢١ ص ٣١ .

ما قررته صراحة محكمة النقض الفرنسية ، حيث قضت بأن منتج مبيدات الأعشاب الذي يبيع بعض الأكياس فارغة ، يكون قد أدى ما عليه من واجب التحذير ، إذا كان قد عني بتوجيه انتباه المشتري إلى ما كانت تحتوى عليه من مواد فعالة . وقام بإدراج هذا البيان في فقرة البيع ، وتبعاً لذلك فإنه إذا ما أعيدت تعبئة هذه الأكياس بالأسمدة ، فلا يكون المنتج مسئولاً عما ترتب على استعمال تلك الأسمدة من هلاك لبعض المحصولات الزراعية^(١) .

^(١) cass , civ . 21 Juillet , 1970 , D , 1970 , som , 204 .

المبحث الثاني

مضمون العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

٩٠ - تمهيد :

يشتمل مضمون العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي ، على البيانات والمواصفات التي توضح حقيقة المبيع وتبين مدى ملائمته لغرض المشتري . والبيانات التي يجب أن يعلمها المشتري عن المبيع كثيرة ومتنوعة ، فمنها : ما يوضح جنس المبيع وصفته وقدره ومنها : ما يبين طبيعته وخواصه المادية ومنها ما يكشف عن عيوب المبيع . أو يظهر ما يكون المبيع محملاً به من حقوق وارتفاعات للغير . فضلاً عن البيانات التي تتعلق باستعمال المبيع والتي تبين طريقة استخدامه أو تحذر من مخاطره .

ونتناول إيضاح هذه البيانات على النحو التالي :

٩١ - أولاً : بيان جنس المبيع ونوعه وصفته وقدره .

اشتراط الفقهاء بيان جنس المبيع وإعلام المشتري به حتى يصح البيع فلا يجوز بيع مجهول الجنس ، لما في ذلك من الغرر الكثير^(١) ، ولذلك لا يجوز أن يقول البائع للمشتري ، بعتك سلعة من غير أن يسميها^(٢) ، أو بعتك شيئاً بعشرة^(٣) ، أو بعتك ما في كمي^(٤) . لما في ذلك من جهالة الجنس .

كما أوجب الفقهاء بيان نوع المبيع رفعا للغرر والجهالة^(٥) ، فبإذا قال شخص لآخر بعتك حيواناً ، بمبلغ كذا ، من غير أن يبين نوعه ، أهو من الجمال

(١) رد المختار ج٤ - ٩٧، ٢٩ ، الفروق للقرافي ج٢ - ٢٦٥ ، المجموع شرح المهذب ج٩ - ٢٨٨

(٢) الفروق للعلامة القرافي ج٣ - ٢٦٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج٥ - ١٣٧ .

(٤) شرح فتح القدير ج٥ - ١٣٧ ، رد المختار ج٤ - ٢٩ ، قوانين الأحكام الشرعية ج٥ - ٢٦٨ .

(٥) الفروق للقرافي ج٢ - ٢٦٥ ، المجموع للنووي ج٩ - ٢٨٨ .

أو من الشاة ، أو من غيرها . أو قال بعثك قنطراً من اللقطن بكذا ولم يبين نوعه ، فالبيع فاسد لجهالة النوع^(١) .

واشترط جمهور الفقه الإسلامي العلم بصفات المبيع حتى يصح البيع ، لأن في جهالة صفة المبيع غرراً وهو منهي عنه . فلا يجوز بيع اللين في الضرع ، ولا المسك في الفلرة ، ولا رطل من الشاة قبل السلخ للجهل بصفة المبيع^(٢) ، وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن العلم بأوصاف المبيع ، شرط لزوم البيع بعد العلم بالذات^(٣) .

واتفق الفقهاء على وجوب العلم بمقدار المبيع لصحة البيع منعاً للغرر الذي يقضى إلى المنزعة ، فلا يجوز بيع ، المزبنة ، ولا بيع الصوف على ظهر الغنم ، للجهل بمقدار المبيع^(٤) .

٩٢ - ثانياً : بيان الوضع المأخوذ للخيء المبيع .

يشترط الفقهاء علم المشتري بالمواصفات والخصائص المادية للشيء المبيع ، والأصل في الرؤية أنها تنصب على أهم صفات المبيع ، وهي الصفات المقصودة من الشراء^(٥) .

وتختلف المواصفات المادية ، التي يجب العلم بها ، باختلاف طبيعة الأشياء . فالأشياء المثالية يكفي فيها رؤية بعضها أو واحداً منها كروية وجه

^(١) الصديق محمد الأمين الضرير الفرز وآثره في العقود . الرسالة السابقة ص ١٦٩ .

^(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٧٦ ، رد المختار ج ٤ ص ٩٧، ٢٩ ، بداية الجهد ج ٢ ص ١١١ و ١٢٩ .

بلف السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥٦ ، الشرح الكبير على من المتبع مع المفاتيح ج ٤ ص ٢٨

أعلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥، ٢٨٠ و ٤٣٦ ، شرح النيل وشفاء العليل ج ٨ ص ٩٥ .

^(٣) بدائع الصانع في ترتيب الشرائع للعلامة الكاشان ج ٦ ص ٣٠٥٣ .

^(٤) بدائع الصانع ج ٦ ص ٣٠٤١ ، شرح الخرش ج ٥ ص ٢٢ ، بداية الجهد ج ٢ ص ١١١ و ١١٢ ،

المجموع ج ٩ ص ٣١١ و ٣١٢ ، كشف القناع ج ٣ ص ١٦٨ ، أعلى ج ٩ ص ٤٣٥ و ٤٣٥ ، شرح

النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٩٥ .

^(٥) رد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠ ، بدائع الصانع ج ٧ ص ٣٣٦٥ .

الصيرة مثلاً^(١) . أما الأشياء القيمة ، كالدواب والأرضى ، والثياب المتفاوتة والدور ونحو ذلك ، فلا بد فيها من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد^(٢) .

والرؤية في كل شيء بحسب ما يليق به ففى شراء الدار لابد من رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران والمستحم والبالوعة بل لابد من رؤية كل الدار داخلها وخارجها إذا لا تكفى رؤية خارج الدار للعلم بالداخل ، لأن الدور تتفاوت باختلاف الأبنية وكثرة المرافق وقتها^(٣) .

وفى البستان يشترط رؤية الأشجار والجدران ، ومسائل الماء ، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوها^(٤) ، وفى شراء هواء فوق هواء ، أو هواء فوق بناء ، كلن يقول المشتري لصاحب الأرضى بعنى عشرة أذرع من الهواء فوق ما تبنيه بأرضك . فلا بد من وصف البناء الأعلى والأسفل من حيث العظم والخفة والطول والقصر ، ووصف ما يبنى به من حجر أو آجر^(٥) وفى شراء الدابة يشترط رؤية مقدمها ، ومؤخرها ، وقوائمها ، ويشترط رفع السرج والإكاف والجل ، وقيل يشترط أن يجرى الفرس بين يدى المشتري ليعرف سيره^(٦) .

وإن كان المبيع شاة ، فإن كانت نعجة حلوباً لشترها للقتية أو بقرة حلوباً أو ناقة حلوباً اشتراها للقتية ، فلا بد من النظر إلى ضرعها ، أما إن اشتراها للحم

(١) الهداية وشرحها ج٥ ص ١٤٢ ، ودختر ج٤ ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) شرح العناية على الهداية ج٥ ص ١٤٢ .

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦٦ ، تبيين الحقائق ج٤ ص ٢٧ ، البحر الزخار ج٤ ص ٣٥٢ ، المجموع

شرح المهلب ج٩ ص ٢٩١ ، وروحة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص ٣٧١ ، مفتى المحتاج ج٢

ص ٢٠ .

(٤) المجموع ج٥ ص ٢٩١ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٣٧١ ، مفتى المحتاج ج٢ ص ٢٠ .

(٥) بلفه السالك والشرح الصغير ج٢ ص ٣٥٥ .

(٦) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦٥ ، المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٢٩١ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٣٠٠

٣٧٢ ، مفتى المحتاج ج٢ ص ٢٠ .

فلا بد من الجس ، حتى لو رآها من بعد فهو على خياره ، لأن اللحم مقصود من شاة اللحم ، والضرع مقصود من الحلوب ، والرؤية من بعد لا تفيد العلم بهنين المقصودين^(١) . ويشترط في شراء الثوب المطوى نشره ورؤية نقشه إن كن منقوشاً ، لأن النقش في الثوب المنقش مقصود^(٢) .

٩٣ - ثالثاً : بيان عيوب المبيع ، وإعلام المشتري بها .

يشترط الفقهاء بيان عيوب المبيع وإعلام المشتري بها وقت التعاقد وإلا ثبتت للمشتري الحق في الخيار .

- المقصود بالعيب في اللغة : كلمة عيب في اللغة مصدر للفعل عاب . يقال : عاب المتاع يعيب عيباً ، أى صار ذا عيب . وجمعه عيوب . قال الفيومي : استعمل العيب اسماً ، وجمع على عيوب . والمعيب ، مكان العيب وزماته^(٣) .

والعيب في اصطلاح الفقهاء : له تعريفات متعددة ، كلها تدور حول معنى النقص الذي جرت العادة بالسلامة منه والذي يوجب نقصاناً في القيمة عند أهل الخبرة ، كالمرض في الدابة والسوس في الغلة ، أو نقصاناً في العين ، بحيث يفوت غرضاً صحيحاً ، وإن لم تنقص به القيمة ، كالقطع الذي يكون فى أذن الشاة المشتراة للأضحية^(٤) وقد عرّف العلامة كمال الدين بن الهم العيب بأنه : ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ، مما يعد به ناقصاً^(٥) .

وعرّفه العلامة ابن رشد الحفيد بأنه : ما نقص عن الخلقة الطبيعية ، أو عن الخلق الشرعى ، نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع^(٦) .

والعيوب التى قد توجد في المبيعات كثيرة ومتنوعة ، ومن أمثلتها في الدور : تصدع الجدران أو عدم الطريق أو مجاورة موضع صنعة تضر بالبناء أو الساكن ، وفي الأرض : فقدان الممبيل ، وتعذر الإتيات فيها . وفي الدواب :

(١) بدائع الصانع جـ ٥ ص ٣٣٦ ، شرح العناية على الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ١٤٢ .

(٢) بدائع الصانع جـ ٧ ص ٢٣٦٥ ، شرح العناية على الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ١٤٢ .

(٣) لسان العرب مادة عيب جـ ٤ ص ٣١٨ ، لصباح المير مادة ((عيب)) جـ ٢ ص ٤٣٩ .

(٤) المجموع شرح المهذب جـ ١٢ ص ٣٠٩ . الشرح الكبير للمقلى مع لفتى جـ ٤ ص ٨٥ .

(٥) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ١٥١ .

(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٣١ .

المرض وذهاب جراحة ، أو من ، أو زيارتها . والطباع السيئة ، كالمعض والرمح والجماح ، والهيام ، وهو داء يعطش الإبل^(١) فإذا اشترى شخص شيئاً فوجد به عيباً ، لم يره حين العقد . ثبت له حق الخيار وسواء علم البائع بذلك وكنمه وقت العقد ، أولاً ، إلا أنه مع العلم وعدم البيان ، يكون مدلساً ، ويأثم^(٢) . ويستدل على ذلك بما رواه ابن ماجة عن عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ((المملم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له))^(٣) .

وجه الدلالة : يدل الحديث دلالة ظاهرة على وجوب الكشف عن عيوب المبيع ، وبيانها ، وإلزام البائع بإعلام المشتري بالعيب الذى فى مبيعه ، فقد صرح الفقهاء بأن الإعلام بالعيب مطلوب على سبيل الوجوب فإذا لم يبينه البائع للمشتري فهو آثم عاص^(٤) ويجب على البائع أن يبين عيب المبيع بيقيناً ، واضحاً لا لبس فيه ، فلا يكفى أن يبيعه بشرط البراءة من العيوب ولا يكفى القول ، بأنه معيب دون تفصيل للعيب ، وكذلك لا يكفى القول ، بأن فيه جميع العيوب ، وذلك لأن هذه العبارات فيها إجمال ، لا بيان . وقد يظن المشتري سلامته من ذلك^(٥) . والعيب الذى يثبت للمشتري الخيار بسبب جهله به ، يجب أن يكون عيباً معترفاً ، حسب المعنى المصطلح عليه بين الفقهاء ، ولكى يكون العيب معبراً

(١) البحر الزخار ج٤ - ص ٣٥٧ ، بدائع الفاع ج٧ - ص ٣٢٢٢ ، حاشية المنوقى على الشرح

الكبير ج٣ - ص ١٠٨ ، الشرح الكبير على من المنع مع المفتى ج٤ - ص ٨٥ .

(٢) حاشية المنوى وكفاية الطالب الريان ج٢ - ص ١٣٩ .

(٣) من ابن ماجه ج٢ - ص ٧٥٥ رقم ٢٢٤٦ ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية فيصل الخليلي .

(٤) النيل وشفاء العليل ، وشرح النيل ج٨ - ص ٤٧٣ ، حاشية المنوى ج٢ - ص ١٣٩ المجموع شرح المهذب

ج١٢ - ص ١١١ ، الشرح الكبير مع المفتى ج٤ - ص ٨٥ و٨٦ .

(٥) د/ محمد عبد ربه محمد السبحي . عيب المقود عليه وآثره في عقود المعاوضات المالية رسالة دكتوراه - ص ٦٤

ط ١٩٩٦م ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر .

فلا بد أن يتحقق فيه أمران . أحدهما : كون العيب مؤثراً في نقص القيمة ، أو فوات غرض صحيح^(١) .

الثاني : كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة من العيب^(٢) .

وقد بين الفقهاء أن المرجع في كون العيب مؤثراً ، هو عرف أهل الخبرة من التجار والصناع وأصحاب الحرف والعلم بذلك^(٣) .

فالعيب الذي يرد به المبيع ما يعده العرف عيباً سواء أنقص العين أو المنفعة أو القيمة أو فوّت على العاقد غرضاً صحيحاً ، وغلب في جنس المعقود عليه عدمه^(٤) .

٩٤ - رابعاً : بيان ما يكون المبيع محملاً به من حقوق وإرتباقات .

يوجب الفقهاء على البائع إعلام المشتري ، بما قد يكون الشيء المبيع محملاً به من حقوق أو إرتباكات تؤدي إلى استحقاقه ، أو تحد من منفعة، فإذا اشترى شخص داراً مثلاً وكانت مستأجرة أو مرهونة ولم يكن يعلم بذلك وقت البيع ثبت له الحق في الخيار ، فقد جاء في رد المحتار للعلامة ابن عابدين: ((لو اشترى داراً مثلاً ، فظهر أنها مرهونة ، أو مستأجرة ، يخير بين الفسخ وعدمه وظاهره أنه لو كان عالماً بذلك لا يخير وهو قول أبي يوسف ، وقال لا يخير ولو عالماً وهو ظاهر الرواية كما في جامع الفصولين وفي حاشيته للرملی وهو

^(١) شرح فتح القدير جـ ١ ص ١٥١ ، العناية على الهداية جـ ٥ ص ١٥٣ ، بداية الجهد جـ ٢ ص ١٣٢ . ويلاحظ أن العويل على غرض المشتري متفق عليه حتى عند من لم يصرح به في ضابط العيب . فقد جلسا أولئك ، إلى إدراجه في نقص القيمة بتوسيع معناه ، بقولهم ، اعتبار نقص القيمة يلحق فيه غرض المشتري ، إذا كان غرضاً صحيحاً سليماً وإن لم ينقص بالنظر إلى قصد غيره . كالقرة الحامل حيث قصد اللحم ، لهذا ينقص القيمة بالنظر إلى غرضه ويزيد بالنظر إلى غرض غيره . التاج المذهب للإمام أحمد العنسى الزيدى جـ ٢ ص ٤١٣ .

^(٢) بداية الجهد جـ ٢ ص ١٣١ ، مفتي المحتاج جـ ٢ ص ٥١ .

^(٣) بدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣١٩-٣٣٢٢ ، الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ١٥٣ ، مواهب الجليل جـ ٤

ص ٤٣٦ ، المجموع شرح المذهب جـ ١٢ ص ٣٠٩-٣١٢ .

^(٤) /د/ محمد عبد ربه محمد السبحي ، الرسالة السابقة ص ٦٤ .

الصحيح وعليه الفتوى))^(١) . كما يجب بيان الارتفاقات المخصصة للانتفاع بالمبيع أو تلك التي يتحمل بها ، حيث اعتبر فقهاء الشافعية أن إيهام معو الأرض المبيعة ، كإيهام نفس المبيع ، وصورته : ((أن يبيع أرضاً محفوفة بملكه من جميع الجوانب ، ويشترط للمشتري حق الممر من جانب ولم يعينه فالبيع باطل لاختلاف الغرض بالممر ، فإن عين الممر من جانب صح البيع ولو قال بعثكها بحقوقها صح ، وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب ، كما كان ثابتاً للبتع قبل البيع . وإن أطلق البيع ولم يتعرض للممر ، فوجهان : أحدهما : يصح ، ويكون كما لو قال بعثكها بحقوقها ، والثاني : أنه لا يقتضي الممر ، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر ، وفيه وجهان أحدهما بطلان البيع لعدم الانتفاع في الحال ، والثاني الصحة ، إمكان تحصيل الممر))^(٢) .

٩٥ - خامساً ، النصح بالطريقة المثلى لاستخدام المبيع ، والتحذير من هذا طوره .

تفرض المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية على عاتق البائع ، التزاماً بإعلام المشتري بالطريقة المثلى لاستخدام المبيع و الاحتياطات التي يجب مراعاتها عند استعمال الشيء أو حفظه وصيقلته خاصة إذا كان المبيع من المصنوعات المستحدثة ، والجديدة في الاستعمال أو المعقدة في التركيب ، كما تفرض على البائع تحذير المشتري من مخاطر المبيع ، وبيان طرق الوقاية منها . وذلك حتى يتمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع على أكمل وجه ، وبطريقة آمنة بعيدة عن المخاطر .

فإذا قصر البائع في ذلك كان ضامناً لما يلحق المشتري من أضرار في النفس أو المال ، وذلك وفقاً لما تفرضه المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية من وجوب التعاون ، والتتصّلح بين المسلمين ويدل على ذلك ما رواه الإمام مسلم

^(١) رد المحتار للعلامة ابن عابدين ج٤ ص ٧٠ .

^(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي ج٣ ص ٣٦١ .

في صحيحه عن تميم الداري رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال : ((الدين النصيحة قلنا : لمن يا رسول الله ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم))^(١) .

وجه الدلالة : لا شك أن إلزام البائع ببيان الطريقة الصحيحة لاستخدام المبيع للحصول على منفعته على أكمل وجه. والتحذير من مخاطره لتجنب أضراره ، يدخل تحت النصح الواجب بنص الحديث .

ولذلك لم يجز الإمام مالك بيع السلاح في جرابه ، حتى ينظر إلى ما في جرابها^(٢) . لأنه من الأشياء الخطرة ، التي يجب أن يعلنها المشتري ، ويعلم بها، قبل العقد .

^(١) رواه مسلم ، انظر : صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ٤٩ ، كتاب الإيمان باب بيان أن الدين النصيحة.

^(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١١٧ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

بخصوص مضمون العلم بالمبيع

٩٦ - يتفق القانون المدني والفقه الإسلامي من حيث الجملة في البيانات والمعلومات التي يجب تعريف المشتري بها ، والتي تمثل مضمون العلم بالمبيع .

فإذا كان القانون المدني يشترط العلم بالوضع القانوني للشيء المبيع والذي يبين ما إذا كان المبيع خالياً من أية تكاليف وأعباء أو حقوق شخصية أو عينية للغير أو محملاً بها فإن الفقه الإسلامي يشترط علم المشتري كذلك بالحقوق والإرتفاقات المخصصة للإنتفاع بالمبيع أو التي تثقل كاهله لصالح الغير كحق الإجارة وحق الرهن أو الإرتفاق بالمرور (حق المرور) .

وإذا كان القانون يشترط علم المشتري بالوضع المادي والمواصفات الأساسية للشيء المبيع من حيث معرفة مكوناته وتركيباته وأجزائه الداخلية، وما قد يكون مصاباً به من عيوب لها تأثير على قيمة المبيع أو منفعته. فإن الفقه الإسلامي أيضاً يوجب العلم بالمواصفات المادية للشيء المبيع، وهي تختلف باختلاف الأشياء كما يفرض على البائع بيان عيوب المبيع للمشتري والمقصود العيب المعبر في نظر الفقهاء .

وإذا كان القانون يلزم البائع بإعلام المشتري بطريقة استخدام المبيع خاصة إذا كان من المنتجات الخطرة كالأنوية والأجهزة الكهربائية والإلكترونية بما ييسر للمشتري الإنتفاع بالشيء على أكمل وجه كما يفرض على البائع تحذير المشتري من مخاطر المبيع ، وبيان الاحتياطات التي يجب اتخاذها لتجنب أضراره ، فإن المبادئ العامة في الشريعة

الإسلامية تفرض كذلك على البائع أن ينصح المشتري بالطريقة الصحيحة لاستخدام المبيع وأن يحذره من أخطاره ، ويبين له سبل الوقاية منها . تنفيذاً لواجب التعاون والتناصح والذي يجب أن يسود بين المسلمين .

ويتميز الفقه الإسلامي باشتراطه علم المشتري بجنس المبيع ونوعه وصفته وقدره منعاً للجهالة والغرر وقطعاً لدابر النزاع بين الأفراد .

بينما يكتفى القانون بأن يكون المبيع معين الجنس والنوع والوصف والقدر بما يميزه من غيره من الأشياء حتى يصح العقد ولو لم يعلم المشتري بهذا التحيين .

الفصل الثالث

طبيعة العلم بالمبيع ونطاقه

٩٧ - تقسيم :

نتناول في هذا الفصل بيان الطبيعة القانونية لنظام العلم الكافي بالمبيع باعتباره حقاً للمشتري والتزاماً يقع على عاتق البائع ، ثم نوضح :نطاق العلم بالمبيع من حيث الأشخاص ، والأشياء والزمان والإثبات والعقود .

ونبين ذلك في بحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : طبيعة العلم بالمبيع .

المبحث الثاني : نطاق العلم بالمبيع .

المبحث الأول

طبيعة العلم بالمبيع

٩٨ - تقسيم .

نتناول في هذا المبحث بيان الطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع في القانون المدني ، وطبيعة شرط العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي ثم نعقد مقارنة بينهما . وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع في القانون المدني.

المطلب الثاني : طبيعة العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : مقارنة .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع في القانون المدني

٩٩ - تمهيد وتقسيم :

سبق أن رأينا عند تعريف العلم بالمبيع في القانون المدني ، أن نظام العلم الكافي بالمبيع نظام يجمع بين خاصيتي الحق والالتزام فهو حق مقرر لمصلحة المشتري بمقتضى نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، وهو التزام يقع على عاتق البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع عندما لا يستطيع المشتري التعرف على حقيقة المبيع بوسائله الخاصة . وأن هذه الخاصية الأخيرة (أى اعتباره التزاماً) أملتها عوامل التقدم الاقتصادى والتكنولوجى المعاصر .

ونتناول فيما يلى بيان الطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع طبقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، وبيان الطبيعة القانونية لالتزام البائع بالإعلام . وذلك في فرعين على النحو التالى :

الفردج الأول : طبيعة العلم بالمبيع طبقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى .

الفردج الثانى : طبيعة التزام البائع بالإعلام .

الفرع الأول

طبيعة العلم بالمبيع طبقاً لنص المادة ٤١٩ مذبني مصري .

اختلفت آراء فقهاء القانون المدني المصري حول الطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع ، وفقاً لنص المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري الحالي والنصوص المقابلة لها في القانون المدني السابق^(١) ، وتعددت اتجاهاتهم في هذا الشأن . ويمكن حصر هذا الخلاف في الاتجاهات التالية :

١٠٠ - الاتجاه الأول : يرى أن نظام العلم للكافي بالمبيع ، يجمع بين القواعد العامة في الخط وقواعد تعيين المبيع ، وينتهي هذا الرأي إلى أن أحكام العلم بالمبيع ، لم تعد نقصاً كان موجوداً من قبل أو ترد جيداً في القانون لأنه عند عدم العلم بالمبيع فإن العقد سيبطل إما لوقوع المشتري في غلط وإما لأن المبيع لا يكون معيناً مع أن القانون يوجب تعيينه^(٢) .

ويؤخذ على هذا الاتجاه ، أنه يجعل نص المادة ٤١٩ مذبني لغواً وعدم الفائدة^(٣) ، ويبدو أن الخلط الذي وقع فيه صاحب هذا الاتجاه راجع إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، حيث جاء فيها أن المشرع : ((أراد أن يوفق بين هذا العلم ، (والمقصود به خيار الرؤية) وبين الاكتفاء بتعيين الشيء ، فنكر أن العلم يعتبر كافياً ، إذا اشتمل العقد على بيان المبيع

^(١) التقنين المدني السابق هو : التقنين المدني القديم ، الذي كان معمولاً به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر ١٨٨٣ م ، والقانون المدني الذي كان معمولاً به أمام المحاكم للخططة ، والصادر في ٢٨ يولييه ١٨٧٥ م أما القانون المدني الحالي فهو : القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م والصادر بقصر القبة في ٩ من رمضان ١٣٦٧ هـ ، ١٦ يولييه ١٩٤٨ م والسارى العمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ م والواقع المصرية العدد ١٠٨ مكرر (١) والصادر في ٢٩ يولييه ١٩٤٨ م .

^(٢) د/ أحمد نجيب الحلاي ود/ حامد زكي شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة ، المرجع السابق لـ ١٠٣ ص ٧٦ ، وهو رأى المذكور الحلاي .

^(٣) د/ منصور مصطفى منصور مذكرات في القانون المدني - العقود المسماة ، البيع والمقايضة والإيجار ف ٤١ ص ٧٠ ط ١ - ١٩٥٦ - ١٩٥٧ م دار المعارف بمصر . د/ خيس خضر المرجع السابق ف ٢٩ ص ٥٩ .

وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه ، ف رؤية المبيع يقضى عنها تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن من تمييزه عن الأشياء الأخرى وبدهى أن هذا التعيين يختلف باختلاف الأشياء))^(١) .

فقد يفهم من هذه العبارة الأخيرة ، أن تعيين المبيع يقضى عن رؤيته (أي العلم به) ولكن المقصود بعبارة المنكرة الإيضاحية ليس التعيين الذى تنص عليه القواعد العامة عند الكلام على ضرورة تعيين محل الالتزام باعتباره شرطاً لاتخاذ العقد ، ولكن المقصود هو التعيين عن طريق وصف المبيع وصفا يمكن من العلم به علماً كافياً أى عن طريق بيان المبيع وأوصافه الأساسية ، وليس مجرد التعيين الذى يميز المبيع ، فالتعيين بالوصف أكثر شمولاً من مجرد التعيين كشرط في محل الالتزام^(٢) وهذا للتفسير يجعل لنص المادة (٤١٩) فائتته .

١١ - الاتجاه الثانى: يرى أن نظام العلم بالمبيع ، والبطان المقرر كجزاء لعدم توافره ، هو مجرد تطبيق على نظام القلط .

على أساس إن العلم الكافى يحول دون وقوع المشتري فى القلط ، وأما البائع فمفروض علمه بالمبيع ، بحيث يعتبر عدم علم المشتري بالمبيع قرينة على وقوعه فى القلط^(٣) .

والقلط هنا مفترض *présumée* ، يكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله لأن المشرع قصد من إيراد المادة (٤١٩) إيجاد قرينة على أن المشتري

^(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج٤ ص١٩ .

^(٢) د/ توفيق حسن فرج . المرجع السابق ف ٦٩ ص١٠٧ .

د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص٧٢ هامش (١) .

^(٣) د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٤ ف ٦٥ ص١٢٥ ، د/ جيل الشركاوى ، المرجع السابق

ف ١٨ ص٤٣٦ ، د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوى العقود للمساة ، عقد البيع ف ٢٢٣ ص

١٧٢ و١٧٣ ط٤ ، د/ ١٩٦٦ دار المعارف د/ سليمان مرقس . العقود المساة ، المجلد الأول عقد البيع

ف ١٢٥ ص٢٢٠ ط٤ . رابعة ١٩٨٠ م عالم الكتب . دى القانون المدنى السابق ، د/ محمد حلمى عيسى

المرجع السابق ف ١٠٦٥ ص٣٣٧-٣٣٨ .

وجد المبيع على صورة تخالف تلك التي كان يتوهمها ، إلا إنها قرينة غير قاطعة يجوز للبائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات^(١) .

ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه وجه نظرهم بأن اتحاد الغاية من كلا النظامين وهي أن يكون المشتري ، ذا إرادة متنورة *éclairée* ، فيما يتصل بالمبيع واتحاد جزأيهما وهو تخويل المشتري الحق في طلب الإبطال ، يعتبر رابطة وثيقة تفرض تفسير أحدهما في رحاب الأخرى ((وكلاهما يقع في مجال القواعد القانونية العامة التي تنص على ضمان تنور الإرادة عند الإقدام على التصرف القانوني))^(٢) .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه لا يمكن اعتبار حكم المادة ١٩٤ مدنى مصرى مجرد تطبيق للقواعد العامة في الغلط ، لأنه وإن كان هناك بعض الاتفاق بين نظام العلم الكافى بالمبيع ، ونظام الغلط من حيث الغاية ، والجزاء فإن الاتفاق يقف عند هذا الحد و يظهر الخلاف بوضوح بعد ذلك . ((فلا شك أن المادة (١٩٤) مدنى مصرى تمنح المشتري حقوقاً أوسع بكثير من الحقوق التي تمنحها إياه القواعد العامة في الغلط فمجرد ثبوت أن المشتري لم يكن يعلم بالشئ المبيع العلم الكافى ، يحق له طلب إبطال البيع دون ضرورة أن يثبت أنه كان فريسة للغلط ، في حين أن القواعد العامة تفرض على من يدعى فساد رضائه بالغلط أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . ثم إن من مقتضى القواعد العامة أنه مجرد وقوع المشتري في غلط لا يكفى لمنحه حق إبطال البيع ، بل يجب لذلك أن يكون المتعاقد الآخر (وهو البائع) قد وقع بدوره في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وفقاً للمادة (١٢٠) مدنى مصرى في حين أن عدم علم المشتري بالمبيع ، وعدم معرفته بلوصفه الأساسية تكفى بذاتها لثبوت حق طلب الإبطال له دون لزوم أن يكون البائع جاهلاً بدوره بالشئ المبيع

^(١) د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوى ، المرجع السابق ف ٢٢٢ - ١٧٢ .

^(٢) د/ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ف ١٨ - ٤٤ .

أو عالماً بجهل المشتري إياه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه هذا (الجهل) ^(١) .

وينتج عن هذا التمييز والاستقلال بين أحكام العلم بالمبيع ، والقواعد العامة في الغلط ، اختلاف حالات الطعن بالإبطال المترتب على كل منهما فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يثبت للمشتري حق طلب إبطال البيع على أساس عدم علمه بالشئ المبيع ، في حين أن أحكام الغلط لا تمنحه هذا الحق ، والعكس صحيح أيضاً أي أنه يجوز أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع بالمعنى الذي تقتضيه المادة ٤١٩ مدنى مصرى ، وبالتالي لا يجوز له طلب إبطال البيع على أساسها ويكون له مع ذلك الحق في طلب الإبطال وفقاً للقواعد العامة في الغلط ، متى توافرت شروط الإبطال للغلط وفى هذه الحالة عليه أن يثبت توافر تلك للشروط ^(٢) ١٢ - الاتجاه الثالث : يرى أن أحكام العلم بالمبيع ، مجرد ((مكنة أو رخصة)) للمشتري مطلق الحرية في استعمالها قبلناً على حرية في الفسخ طبقاً لأحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية وليس عليه أن يثبت وقوعه في الغلط أو اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر وفقاً لأحكام الغلط ^(٣) .

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن ((علماء الشريعة للغراء ، يشترطون الرؤية في الشراء ، ليتم بها الرضا والمشتري حق الفسخ قبل الرؤية وبعدها . كون أن يسأل عن سبب ذلك ، أى أن خيار الرؤية مجرد إرادة ومشينة)) ^(٤) ويؤخذ على هذا الرأي أنه استند إلى رأى بعض الفقهاء ، لأخذ المذاهب في الفقه الإسلامى ، والذى يرى أن خيار الرؤية مجرد مكنة ومشينة تسمح للمشتري

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي . عقد البيع المرجع السابق ف ٢٩ ص ٤٥-٤٦ .

^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٢٩ ص ٤٦ و ٤٧ ، د/ توفيق حسن لوج ، المرجع السابق ف ٧١ ص ١٠٩ و ١١٠ ، د/ محمد كليب شب ود/ محمد صبحي خليل ، المرجع السابق ف ٤٧ ص ٧٩ .

^(٣) د/ عبد المعصم البراوى عقد البيع المرجع السابق ف ٣٥ ص ٧٣ ، ٧٤ ، د/ منصور مصطفى منصور . المرجع السابق ف ٤١ ص ٧٤ ، د/ خيس غنفر المرجع السابق ف ٢٩ ص ٦٠ ، ٦١ . ولى القانون المدني السابق د/ حامد زكى مع د/ أحمد نجيب الحلالى ، المرجع السابق ص ٨٠ هامش (١) ، وهو رأى الدكتور حامد زكى بعنوان : ((ملاحظة هامة)) .

^(٤) د/ حامد زكى مع د/ أحمد نجيب الحلالى . المرجع السابق ، نفس الموضوع .

بنقض العقد ، حتى عند عدم وجود أى غلط ، وليس هذا محل اتفاق فى الفقه الإسلامى لأن فقهاء الشريعة الإسلامية مختلفون ، فى تحديد مدى حق المشتري فى فسخ العقد . وإن كان بعضهم يرى أنه حق مطلق يملكه المشتري سواء أكلن المبيع وفق ما وصف له ، أم لم يكن كذلك ، ولاشك أن هذا السراى يؤدى إلى زعزعة قوة العقد ، وإلى هدم أصالة اللزوم فيه . ولهذا قيد كثير من الفقهاء حق المشتري بالفسخ فى حالة ما إذا وجد المبيع على غير ما وصف له ، أو ما شرطه^(١) .

١٣- الاتجاه الرابع ، يرى أن نظام العلم الكافى بالمبيع نظام متميز ، مأخوذ من الشريعة الإسلامية ومن الأحكام التى قررها الفقهاء فى خيار الرؤية . فوجب الرجوع إلى مصدره الذى استقى منه لتأصيل قواعده ، وإذا كان خيار الرؤية يتطرق بلزوم العقد ، دون أن يرتبط بتعيب إرادة للمشتري أو وقوعها فى غلط فذلك أحكام العلم بالمبيع ، تعتبر شرطاً للزوم البيع فى حق المشتري ، رفعا للضرر عنه إذا تبين أن المبيع لا يلام حاجته ، وقد كان جاهلاً بأوصافه عند البيع^(٢) .

ويلاحظ أن هذا الاتجاه قد نظر إلى المصدر التاريخى لأحكام العلم بالمبيع وهو نظام خيار الرؤية المعروف فى الفقه الإسلامى ، فربط تكييف نظام العلم بالمبيع بلزوم العقد أو عدم لزومه وفقاً للتقسيمات المعروفة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، ولكن نظراً لكوننا بصدد تكييف نظام قانونى معين - وهو نظام العلم الكافى بالمبيع - فنحن ب تكييفه وفقاً للقواعد والنظم القانونية التى يندرج معها عن

^(١) د/ حسن الدون ، النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى ، والقانون المدنى دراسة مقارنة . رسالة دكتوراه ص ١٧٣ ط ١ ، ١٣٦٤ هـ ١٩٤٦ م ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة . وأيضاً شرح القانون المدنى العراقى العقود للسماة ، عقد البيع ٧٦ ص ٦٩ ، ط مطبعة الرابطة بغداد .

^(٢) د/ محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ص ١٩٢ ، د/ عبد الناصر العطار شرح أحكام البيع ، المرجع السابق ف ٢١ ص ٤٤ ، د/ محمد على عمران ود/ محمد نصر الدين منصور . مباحث فى البيع فى القانون المدنى وفى الشريعة الإسلامية ف ١٨٩ ص ٢٠٨ ط ، دار الحقوق للطباعة والنشر .

طريق تقريبه إلى بعض هذه النظم أو تلك القواعد حتى يتسق معها ويتحدد فسي ضولها مداه .

١٠٤ - الاتجاه الخامس : يرى الاستقلال التام للطبيعة القانونية لنظام العلم بالمبيع لأن المادة (٤١٩) ، تورد حكماً خاصاً متميزاً ومستقلاً عن القواعد العامة في الغلط وعن أحكام تعيين محل الالتزام . فهي تتضمن حكماً موضوعياً مضمونه وجوب أن يكون المشتري على علم كلف بالمبيع بحيث يجوز له طلب إبطال البيع إذا لم يتوافر له هذا العلم ، ولو لم يقع في أي غلط ، بل ولو وجد المبيع مطابقاً لما تصوره^(١) .

ويذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن أحكام العلم بالمبيع تعتبر شرطاً مستقلاً بصحة رضا المشتري في عقد البيع ، يضمن تنور إرادته وتبصيرها بكافة بيانات وأوصاف المبيع ، نظراً لما تفرضه طبيعة هذا العقد من أن المبيع يكون في حيازة البائع قبل العقد ، وأن الوسيلة الوحيدة لعلم المشتري به هي تحميل البائع بالالتزام بالإفضاء بكافة الأوصاف الأساسية للمبيع عند إبرام العقد وبحيث يعتبر شرط العلم الكافي بالمبيع ((تطبيقاً تشريعياً نموذجياً للالتزام قبل التعاقد بالإفضاء بالبيانات في القانون المصري))^(٢) .

^(١) أمادنا الدكتور / عبد الرشيد مأمون ، عقد البيع والمقايضة المرجع السابق ف ٤٠ ص ٥٧ . د/ توفيق حسن فرج . المرجع السابق ف ٧١ ص ١٠٩ و ١١٠ ، د/ محمد ليب حبيب د/ مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ف ٤٧ ص ٧٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي للرجع السابق ف ٢٩ ص ٤٦ ، ٤٨ .

^(٢) تزيه محمد الصادق المهدي . الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات ، المرجع السابق ص ١٠٧ ، ١٠٨ و ٢٧٨ .

الفرع الثاني

طبيعة التزام البائع بالإعلام

١٠٥ - تمهيد :

ثار الجدل ، واشتدت حدة الخلاف في الفقه الفرنسي ، والفقه المصري الحديث حول الطبيعة القانونية لالتزام البائع بالإعلام ، وبرز هذا الخلاف حول أمرين .

الأول : حول الطبيعة العقدية أو غير العقدية للالتزام بالإعلام .

الثاني : حول كونه التزاما ببذل عناية ، أو التزاما بتحقيق نتيجة .

ونبين ذلك فيما يلي :

١٠٦ - أولاً ، الطبيعة العقدية أو غيرها للالتزام بالإعلام :

انقسم الفقه حول الطبيعة العقدية أو غير العقدية للالتزام بالإعلام إلى

اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أن الالتزام بالإعلام ، إنما هو التزام عام سابق على التعاقد précontractuelle ، يجد أسسه في نظرية صحة وسلامة الرضا ، وفي نصوص القانون ومبادئه العامة التي توجب على أحد طرفي العقد المزمع إبرامه أن يدلي إلى الطرف الآخر بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد والتي يتعذر على الطرف الآخر العلم بها ، و الاستعلام عنها من تلقاء نفسه^(١) ، ويقوم هذا الالتزام

^(١) V. par ex : Ghestin , les obligations , le contrat . Formation , op cit , n° 457 p . 504 ., Ghestin et . DESCHE . op . cit , n° 128 p 139 ., et n° 867 p 920 ., luc bihl , op cit , nos 260 et 263 , pp . 126 et 127 et 129 . (Vves) Boyer . thèse précitée , n° 269 p 373., R.T.D. civ . 1986 p 342 , obs (Jacques) mestre .

ونظر في الفقه المصري : د/ تزيه محمد الصادق المهدي . المرجع السابق ص ٩ و ١٠ و ١٥ ، د/ محمد إبراهيم دسوقي الالتزام بالإعلام قبل التعاقد . المرجع السابق ص ٢٦ د/ حسن عبد الباسط ججي شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية ف ٢٥٠ ص ١٩١-١٩٢ ط ١٣١٤م - ١٩٩٣ م . زالحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، البحث السابق ص ٢٥٤ ، د/ خالد جمال أحمد حسن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، الرسالة السابقة ص ٣٣٥ .

في الفترة السابقة على إبرام العقد ، ويتضمن الإذلاء بكافة البيانات والمعلومات الضرورية ، لإيجاد رضا حر ومستدير لدى الطرف الآخر . ويعاقب على الإخلال بهذا الالتزام على أساس التتليس ، أو المسؤولية التقصيرية ، وفقاً للمادتين (١١١٦ و ١٣٨٢) مدنى فرنسى ، والمقفلتين للماتتين (١٢٥ و ١٦٣) مدنى مصرى .

الاتجاه الثانى : يذهب إلى القول ، بأن الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية de nature contractuelle ، يستمد وجوده من العقد ذاته . فيوجد بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه . ويهدف إلى تمكين المشتري من كافة البيانات الضرورية والمفيدة لإعلامه ، ونصحه ، ولإسما البيانات التى تساهم في تيسير الانتفاع بالمبيع وتجنب أضراره كطريقة الاستخدام والتحذير من المخاطر ، ومن ثم فهو التزام عقدى يترتب على مخالفته المسؤولية العقدية^(١) ، la responsabilité contractuelle .

بل ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الالتزام العقدى بالإعلام يبدأ قبل ومن وقت إبرام العقد ، ويستمر حتى تنفيذه ، بحيث يهدف إلى تنوير إرادة المشتري حول مدى ملائمة الشئ المبيع ، وحسن استعماله للحصول على

(١) V. par ex : (christian) LARROUMET , les obligations . op cit n° 376 p 336 . , F. collart et ph. Delebecque , op . cit , n° 214 p 181 , (Jérôme) HUET , thèse précitée , n°282 p 288 et . s ., mlaurie , et . synès . les obligations . op . cit t , IV , n° 636 pp . 367 et 368 . , (Alain) Bénabent , op . cit , n° 198 p 123 , (claud) . D Favard , op . cit , p . 114 , (muriel) Fabre – magnan thèse précitée , n° 22 pp 14 et 15 , (ahmed , abdelall) Aboukorin , l'obligation de renseignement et de conseil dans l execution des cantrats , thèse de doctorat , DI JON 1989 . pp 81 et 82 . , (Georges) DURRY . obs sous . cass 4 com 25 Juin 1980 , Bull civ , IV , n° 276 p 223 , RTD civ , 1981 , n° 1 pp 157 et 158 . , (sophie) DION , not sous cass 1er , civ , 23 avril 1985 , D 1985 . p 559 , cour d app , de Rouen . 14 Fèv 1979 , D , 1979 , I.R , p 350 .

وأنظر في الفقه المصرى : د/ حسان الدين كامل الأهوان المرجع السابق ف ٥٦٥ ص ٤٧٩ .

د/ محمود جمال المين زكى مشكلات المسؤولية المدنية ج١ ص ٤٤٩ .

د/جابر عجوب على ضمان سلامة السهك المرجع السابق ف ٣١١ ص ٣٠٥ .

منافعه ، وتجنب أضراره^(١) .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه على ما ذهبوا إليه من القول بالطبيعة العقدية

للتزام بالإعلام بما يلي :

١ - أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بضمان الاستحقاق ، والالتزام بالتسليم وهي التزامات بلا شك من طبيعة عقدية^(٢) .

٢ - أن هناك صعوبة في التمييز بين الالتزام بالإعلام الواجب تنفيذه قبل ووقت إبرام العقد والالتزام بالإعلام الناتج عن العقد لدرجة أن عدم تنفيذ الأول يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، فمثلاً إخلال البائع بالتزامه بالإعلام عن عيوب الشيء المبيع وقت التعاقد سيرتب مسئوليته لإخلاله بالتزامه بضمان العيوب الخفية ، وهو التزام عقدى^(٣) .

٣ - أن البائع عند ما يدلى إلى المشتري ، بالبيانات والمعلومات ، الضرورية عن المبيع وقت إبرام العقد ، إما يدلى بها بصفته بالعا (أى متعاقداً) ، لأن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام يكتشف حتماً بعد إبرام العقد ، وفى نظام تنفيذه^(٤) .

١٠٧ - ثانياً ، حول كونه التزاماً يخل بمبدأ حماية أو التزاماً يتحقق نتيجة :
نقسم الفقه القانونى في هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : يرى أن التزام البائع بالإعلام ، هو التزام ببذل العناية اللازمة une obligation de prudence et diligence ، أى التزاماً بوسيلة

moyen

^(١) collart ,et Delebecque , op . cit , n° 215 p 182 .

^(٢) . collart et . Deleecque , ibid , n° 214 p 181 .

^(٣) (CHRISTIAN) Jarroumet , les obligations , t , 111 , n° 376 , p 336 .

^(٤) F . collart et ph . Delebecque , op . cit , n° 214 p 181 .

وهذا هو الرأي الغالب لدى فقهاء القانون^(١).

وبمقتضاه يلتزم البائع بتزويد المشتري بكافة البيانات والمعلومات التي توضح حقيقة المبيع وتبين طرق استخدامه وتحذر من أخطاره إلا أنه لا يضمن النتيجة^(٢).

ويرجع ذلك إلى أن البائع لا يستطيع أن يجبر المشتري على اتباع البيانات والنصائح المقدمة^(٣)، ومن ثم يعتبر البائع قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله للشخص العادي^(٤) ويكون على المشتري عبء إثبات خطأ البائع بعدم تنفيذه للتأزم بالإعلام، حتى تتقرر مسؤوليته^(٥).

ويعتبر من قبيل الخطأ عدم احتواء المبيع على وثائقه التي يجب أن ترفق به، والتي تنبه إلى مخاطره، أو ترشد إلى طريق استخدامه^(٦) ويقع على عاتق

(١) V. par ex, en France :

. COLLART ET. DELEBECQUE, op. cit, n° 223 p 190. malaurie et aynès, op. cit, t V1. n° 636 p 368, et, t, V111, n° 310 p 213, (CHRISTIAN) Larroumet, les obligations op. cit n° 378 p 338, (alain) Bénabent, op. cit, n° 201 p 125 (Jérôme) HUET, op. cit, n° 11265 p 216, jea ALISSE th. prie., n° 82 p 75, (YVES) boyer, thèse précitée n° 174, p 279, ph. le tourneau la res possahlité civile, n° 1351, p. 429., (ahmed abdellal) Aboukorin, thèse porécitèe, pp 277 et 337. (sophie) Dion, note sous cass 1er ch. civil, 23 avril 1985, D, 1985, p 560, jacques mestre, Des limites de l'obligation de renseignement, RTD civ, 1986, obs. p 341, RTD civ 1984, n° 7 p 731, obs. J. HUET.

وأنظر في الفقه المصري : د/ حسام الأهواني المرجع السابق ف ٥٦٤ ص ٤٧٧، د/ محمد شكري سرور. المرجع السابق ف ١٥ ص ٢٥، د/ حسن عبد الباسط يحيى شروط التخفيف والإعفاء من ضمان الصيوب الخفية ف ٢٤٩ ص ١٩، د/ جابر محبوب المرجع السابق ف ٢٩٢ ص ٢٨٢، د/ عزه محمود أحمد خليل الرسالة السابقة ص ١٥٥، د/ محمد إبراهيم بنادري الالتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه ف ٢٦ ص ٧٢ ط ١٩٩٤ م كلية الحقوق جامعة القاهرة.

(٢) ph malaurie et L. aynès, op. cit, t v111, n° 310 p 213, sophie Dion, note sous cass 1er civ, 23 avril 1985, D, 1985 p 560, C.A rouen 14 Fév, 1979, D 1979 .. 1.R, p 350, note, LARROUMET. J.C.P 1980.11 19360, des, l'patrick Boinot.

(٣) P. collart et ph. Delebecque, op. cit, n° 223, p. 190.

(٤) عزه محمود أحمد خليل الرسالة السابقة ص ١٥٥.

(٥) (CHRISTIAN) LARROUMET, les obligations, op. cit, n° 378 p 335, ph. le tourneu, la responsabilite civile n° 1763 et 1764 p 560.

(٦) د/ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق ف ٥٦٥ ص ٤٧٩.

المشتري عبء إثبات عدم ملاءمة أو عدم كفاية المعلومات والنصائح المقدمة من البائع^(١).

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية صراحة الاتجاه القائل ، بأن التزام البائع بالإدلاء للمشتري بالبيانات يعتبر التزاماً بوسيلة ، فقررت أنه : ((إذا كان من الثابت أن الالتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة فإن عدم الإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بكيفية وشروط استخدام المنتج (المبيع) والاحتياطات الواجب مراعاتها في هذا الخصوص لا يمكن المستعمل من استخدامه الاستخدام الصحيح ، الذي يتفق مع الغرض المخصص له ، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد أخلت بنص المادة بنص المادة (١١٣٧) من القانون المدني الفرنسي عندما فرضت على عاتق صانع المنتج ، هذا الالتزام بالإعلام والذي لا يهدف إلى ضمان النتيجة المطلوبة))^(٢).

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن الالتزام بالإعلام لا يمكن أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة ، وذلك في قضية تتمثل وقائعها في أن : شركة Fichet Blouch قامت بتركيب جهاز إنذار ضد السرقة في المستودعات المملوكة لشركة dicorp ، ولكن هذه المستودعات تعرضت للسرقة بطريقة الكسر ، مما حمل الشركة المالكة لها ، إلى رفع دعوى المسؤولية ضد الشركة التي قامت ببيع الجهاز وتركيبه ، على أساس أن للبائع المتخصص في بيع أجهزة الأمان ، يلتزم تجاه عملائه بالتزام بنتيجة ، وبالتالي يجب عليه الإفضاء لهم بعدم كفاية الجهاز الذي تم تركيبه ، حتى لو كان العميل غير المتخصص على علم بعدم الكفاية هذه. ولكن محكمة النقض رفضت هذا التحليل ، وقررت أنه : ((إذا كان من الثابت أن شركة F.B قد اقترحت على شركة (D) ، تركيب جهاز إلكتروني للإنذار والمراقبة يتضمن أربع رادارات ، وأنها لازمة لتحقيق حماية فعالة وكافية

(١) ph . colliart et ph . Delebecque , op -- cit , n° 223 p 190 .

(٢) cass 1er ch civ , 23 Avril 1985 , Bull civ , 1, n° 125 . p . 115 . (Sophie) DION , note sur , cass civ 23 avris 1985 , D , 1985 . p . 558 .

وأن شركة D لم تقبل هذا الاقتراح ، ورفضت أيضاً تركيب جهاز لتقليل إشارات الإنذار ، فإن محكمة الاستئناف لم تقلب عبء الإثبات إذا اعتبرت أن الشركة البائعة والتي لا يمكن أن تلتزم في هذا الخصوص بتحقيق نتيجة ، لم تخالف ما عليها من التزام ، بالإقضاء والنصح))^(١).

وإذا كان يترتب على اعتبار أن الالتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة أن يتحمل المشتري عبء إثبات خطأ البائع والممثل في عدم قيامه بتنفيذ الالتزام الإعلام حتى تتقرر مسؤوليته فإن للقضاء ورغبة منه في توفير حماية فعالة وكافية للمستهلك يتجه إلى تخفيف عبء الإثبات عن هذا الأخير ، مكتفياً في بعض الفروض بوجود النتيجة الضارة ليستخلص منها دليلاً على خطأ البائع عندما يكون من الواضح أن هذه النتيجة لم تكن لتحدث ، إلا لأن هناك خطأ^(٢) الاتجاه الثاني : يرى أن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة . une obligation de résultat^(٣) ، لأنه يهدف إلى ضمان سلامة المشتري وحمايته في مواجهة البائع المهني ، صلتاً كان ، أو موزعاً ، وذلك بالنظر إلى قوة هذا الأخير الاقتصادية والفنية^(٤) وبالتالي يكفى لقيام مسؤولية البائع ، أن يثبت المشتري ما لحقه من ضرر . فإذا أراد البائع التخلص من المسؤولية ، فعليه عبء إثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام ، أو إقلمة الدليل على وجود السبب الأجنبي^(٥)

^(١) cass 4 comm 14 juin 1985 , Bull , civ , 1V , n° 188 p 157 , R.T.D civ 1986 , pp 341 et 342 obs , Jaque mestre .

^(٢) F. collart et ph . Delebecque op . cit , n° 223 p 190 .

د/ جابر عجوب علي ضمان سلامة المستهلك . المرجع السابق ف ٣١١ ص ٢٠٢ .

^(٣) J. FROSSARD . la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat , thèse de doctorat , Lyon . 1965 , n°345 , René . savatier . Obs . J.C. p , 1962 , 11 , 12547 .

د/ ثروت فضي إسماعيل . الرسالة السابقة ص ٣٧٤ و ٣٧٧ و ٣٧٨ ، د/ علي سيد حسن المرجع السابق

ص ١٠٦ د/ أحمد حمزة محمد رفاعي الرسالة السابقة ص ١٩٥ .

^(٤) د/ ثروت فضي إسماعيل الرسالة السابقة ص ٣٧٧ .

^(٥) د/ علي سيد حسن المرجع السابق ص ١٠٦ .

الاتجاه الثالث : يرى أن الالتزام بالإعلام يتضمن فى الحقيقة التزامين . أحدهما : التزام بنتيجة ، وهو الالتزام بنقل الإعلام إلى الدائن . والثانى : الالتزام بوسيلة . ويتمثل فى استعمال الوسائل المناسبة لنقل الإعلام إلى الدائن ، بحيث يتسلمه ويفهمه ، ولا يتضمن بالمقابل الالتزام بأن الدائن يستعمل الإعلام استعمالاً صحيحاً^(١) .

وبذلك يفرق هذا الاتجاه بين قيام البائع بالنقل المادى للمعلومات وإبلاغها إلى المشتري ، ويعتبره التزاماً بنتيجة . بحيث لا يعفى البائع من المسؤولية عنه إلا بإثبات حالة القوة القاهرة ، التى منعه من تنفيذ الالتزام^(٢) . وبين قيام البائع بالبحث واستقصاء المعلومات الصحيحة ، والتصالح الجيدة ، واختيار الوسيلة الأكثر ملاءمة لتحقيق فهم الدائن لهذه المعلومات . ويعتبره التزاماً بوسيلة^(٣) .

- رأى الباحث الخاص :

أرى أن أحكام العلم بالمبيع وفقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى تعتبر نظاماً قانونياً خاصاً بعدد البيع ، مستقلاً عن نظام تعيين المبيع ونظرية عيوب الرضاء (الغلط والتدليس) ، قرر المشرع بمقتضاه حق المشتري فى معرفة حقيقة المبيع ، وفرض على علق البائع التزاماً بإعلام المشتري بالبيانات والأوصاف الأساسية للمبيع ، عند ما لا يستطيع هذا الأخير معرفتها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة .

وهو نظام قانونى يجمع بين خاصيتى الحق والالتزام ويهدف إلى تحقيق أغراض متعددة ، يلتزم بالبائع فى سبيل تحقيقها ، باتخاذ الوسائل اللازمة لإحاطة المشتري علماً بحقيقة المبيع وبحيث يعتبر التزام البائع بالإدلاء للمشتري بالبيانات والمعلومات الصحيحة والمطبقة لحقيقة المبيع هو التزام بتحقيق نتيجة وهو ما يمكن معه القول بأن هذا النظام يدخل فى إطار ما تهدف إليه التشريعات الحديثة ، من توفير الحماية الكافية للطرف الضعيف فى العقد ، ولذلك يجب مراعاته . قبل إبرام العقد ولثناء تنفيذه حتى يتحقق الغرض منه .

(١) (Muriel) Fabre Magnan , thèse précitée n° 504 , p . 409 .

(٢) (Muriel) Fabre - magnan , ibid , n° 494 , p . 402 .

(٣) (Muriel) Fabre - Magnan , ibid n os 498 et 500 , pp . 405 et 406 .

المطلب الثاني

طبيعة العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

١٠٨ - تمهيد :

تناول الفقه الإسلامي بيان طبيعة شرط العلم بالمبيع من ناحيتين . الأولى : من حيث ماله من أثر على صفة العقد^(١).

^(١) تنقسم العقود باعتبار وصفها إلى عقود باطلة ، أو فاسدة ، وعقود صحيحة ، وتنقسم العقود الصحيحة إلى عقود موقوفة ، وعقود نافذة ، وتنقسم العقود النافذة إلى عقود لازمة وعقود غير لازمة . فالعقد الباطل هو : ما وجد خلل في ركبه ، وكان محل العقد غير قابل لحكمه . وذلك كعدم أهلية العاقدين ، أو بيع إنسان حر . والعقد الباطل لا ترتب عليه آثاره لأنه غير متعقد أصلاً ، فهو غير مشروع لا بأصله ، ولا برصفه .

والعقد الفاسد : هو ما سلم ركبه من الخلل ، وكان محله صالحاً لقبول حكمه لكنه حصل خلل في بعض أوصافه . فهو عقد غير مشروع بأصله دون وصفه ، فلا يهدى الملك في العقود عليه ، إلا إذا حصل قبض برضا صاحبه . وتنقسم العقد إلى باطل وفاسد ، هو ما ذهب إليه فقهاء الأحناف ، أما غير الأحناف من الفقهاء ، فهم لا يفرقون بين الباطل والفاسد ، فهما عندهم سواء .

والعقد الصحيح . هو : العقد المشروع بآثاره أي بأصله ووصفه . بحيث يكون سبباً صالحاً لترتيب آثاره الشرعية عليه . وهو العقد المتعقد الذي لا خلل في ركبه لصدوره من أهله ، وكان محله قابلاً لحكمه ، وسلمت أوصافه من الخلل ، ولم يترتب به شرط من الشروط الفاسدة . وينقسم العقد الصحيح إلى قسمين موقوف ، ونافذ .

فالعقد الموقوف هو : العقد الصادر من شخص يمتنع بالأهلية ، ولكن لا يملك ولاية إصدار هذا العقد وإنشائه . كما في تصرفات القنولي وتصرفات الصبي المميز الناتجة بين النفع والضرر فإن تصرفات القنولي موقوفة على إجازة من له الشأن فيها ، وتصرفات الصبي المميز موقوفة على إجازة وليه . فإذا حصلت هذه الإجازة نفذ العقد ، وإلا كان باطلاً .

والعقد النافذ هو : العقد الصحيح الصادر من كامل الأهلية والولاية كما لو عقد البالغ العاقل الرشيد ، عقد لنفسه ، أو لغيره ، وبالبينة عن هذا الغير ، وكان ما عقد في حدود نيابته . وحكم هذا العقد ترتيب أثره عليه دون توقف على إجازة أحد . وينقسم العقد الصحيح النافذ إلى قسمين : عقد لازم وعقد غير لازم .

فالعقد اللازم هو : الذي لا يملك أحد عاقديته فسخه ، بدون رضا العاقد الآخر . وذلك كالمبيع والإجارة والمزارعة ، إذا خلت هذه العقود عن الخيارات .

والعقد غير اللازم هو : الذي يستطيع أحد طرفيه فسخه ، دون توقف على رضا المتعاقد الآخر . ويقال له أيضاً العقد المجازئ .

ويرجع عدم لزوم العقد إلى سببين :

والثانية : من حيث علاقته بتعيب الرضاء ، والفظ ، ومدى اعتباره سبباً مستقلاً ، يترتب الخيار على عدم تحققه .

١٠٩ - أولاً . أثر شرط العلم على صحة العقد .

سلك الفقهاء في ذلك اتجاهين .

الاتجاه الأول : ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي ، وهو أن العلم بالمبيع يعتبر شرطاً لصحة العقد . فإذا إبرم العقد مع الجهل بذات المبيع ، أو صفاته كان العقد باطلاً ، أو فاسداً^(١) .

والجهل بذات المبيع كأن يشتري ذاتاً ، ولا يدري ما هي ، وجهل الصفة ، كأن يعلم أنها شاه مثلاً ، ويجهل مناصتها من العيوب^(٢) . ويشترط لاعتبار العقد فاسداً ، أن يكون الجهل من المتعاقدين معاً أو من أحد هما فقط مع علم الآخر بجهله ، وإلا صح العقد ، وثبت للمشتري الحق في الخيار . فقد جاء في حاشية العلامة العدوي : ((ولا يحصل الفساد بالجهل إلا إذا جهلا معاً (أي المتبايعين) أو جهل أحدهما وعلم العلم بجهل الجاهل ، وتبايعا على ذلك ، وأما إن لم يعلم العالم بجهل الجاهل ، فلا فساد ، ويثبت للمشتري الخيار))^(٣) .

= الأول : أن تكون طبيعة العقد مما تسمح باستقلال أحد عقائديه بفسخه دون توقف على رضاء المتعاقد الآخر . كالوكالة والشركة ، والوديعة والعارية . الثاني : أن يقرن بالعقد خيار يمنع من لزومه ، ويجوز للمعاقدين ، أو لأحدهما فسخه دون توقف على رضاء المتعاقد الآخر .

يراجع فيما تقدم : بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧٧ - ٣٧٩٣ ، حاشية المسوقي ج٣ ص ٥٣ ، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ١٤٥ ، كشاف القناع عن من الإقناع ج٢ ص ٥ . مجلة الأحكام العدلية . المواد ص ٣٩٩ إلى ٣٧٧ ، مرشد الخيران المادة ٢١٨ . الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج١ ص ١٠١ - ١٠٩ ط ١٢٨٧ هـ - ١٩٦٨ م محمد علي صبيح ، الشيخ أحمد إبراهيم المعاملات الشرعية ص ٩٢ - ٩٥ .

^(١) شرح الحاية على النهاية وشرح فتح القدير ج٥ ص ١٢٩ ، مواهب الجليل ج٤ ص ٢٧٦ ، حاشية المسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ١٥ ، شرح الخرشى وحاشية الشيخ على العلوي ج٥ ص ٢٢ ، مغني المحتاج ج٢ ص ١٦ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص ٣٥٨ و ٣٥٩ ، المغني والشرح الكبير ج٤ ص ٨٠ و ٨١ ، كشاف القناع عن من الإقناع ج٣ ص ١٦٤ .

^(٢) بلفظ السالك لأقرب المسالك إلى ملهب الإمام مالك والشرح الصغير ج٢ ص ٣٥٦ .

^(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشى ج٥ ص ٢٢ .

وذلك فإن جمهور الفقه الإسلامي ، لم يفرق بين الجهل بذات المبيع والجهل بصفاته من حيث الأثر ، وهو وقوع العقد باطلاً ، أو فاسداً .

الاتجاه الثاني : ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية وهو أن رؤية المبيع (أي العلم به) شرط لزوم البيع ، فيصح بيع ما لم يره المشتري ، لكنه لا يلزم^(١). وذلك يميز الحنفية بين العلم بذات المبيع ، ويعتبرونه شرطاً لصحة البيع وبين العلم بمواصفات المبيع ، ويعتبرونه شرطاً للزوم البيع ، يترتب على عدم تحققه ثبوت خيار الرؤية للمشتري^(٢) .

١١ - ثانياً : بملامة شرط العلم بتعقيب الرضاء والغلط .

إذا كان جهل المشتري بالمبيع قد يؤثر في رضائه أو يؤدي إلى وقوعه في الغلط فإن الفقهاء قد اختلفوا في سبب ثبوت الخيار في هذه الحالة على ثلاثة آراء .

الرأي الأول : يرى أن سبب ثبوت خيار الرؤية في حالة جهل المشتري بالمبيع، هو عدم رؤية المبيع وقت العقد أو قبله .

أي أن عدم العلم بالمبيع وقت العقد ، هو سبب ثبوت خيار الرؤية . وتكون الإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب . أي خيار سببه الرؤية ، وقيل من إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية ، هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية^(٣) .

(١) بدائع الصانع ج٦ ص ٣٠٥٣ ، مرشد الحريان ، المادة (٢٧٦) . د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة الخيارات وأثرها في التصرفات ، الرسالة السابقة ص ٤٠٨ ، د/ محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ف ٦٩١ ص ٤٨٢ ، د/ عبد المجيد مطلوب خيار الرؤية دراسة مقارنة ، البحث السابق ص ٤٩٩ و ٥٠٠ .

(٢) بدائع الصانع للملازمة الكسان ج٦ ص ٣٠٥٣ وقد عُرِ عن ذلك بقوله : ((وأما العلم بأوصاف المبيع والتمن ، فهل هو شرط لصحة البيع دون العلم بالذات ، والجهل بما هو مانع من الصحة ، قال أصحابنا ليس بشرط الصحة ، والجهل بما ليس بمانع من الصحة ، لكنه شرط للزوم ، فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم)) .

(٣) رد مختار ج٤ ص ٩٦ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ .

وقد صرح العلامة الزيلعي بأن : ((سبب ثبوت هذا الخيار ، جهالة
أوصاف المبيع ، بدليل أنه لو رآه قبل العقد ، لا يكون له الخيار))^(١) .

الرأي الثاني ، يرى أن سبب ثبوت خيار الرؤية هو تعيب إرادة المشتري . لأن
جهل المشتري بأوصاف المبيع ، يؤثر في رضائه بالعقد ، فيحدث فيه خللاً يوجب
له الحق في الخيار^(٢) .

وإذا كان يشترط صحة الرضاء وتامه ، فإن ذلك لا يتحقق إلا بالعظم
بأوصاف المبيع ، وذلك بالرؤية ، ولذلك ثبت الخيار عند عدمها^(٣) . إذا التراضى
لا يمكن البتة إلا في معطوم متميز^(٤) .

الرأي الثالث : يرى أن ثبوت خيار الرؤية يقوم في أصله على فكرة الغلط . إذ
يفترض أن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا
يصلح معها للغرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية ، هو غلط المشتري في
شيء لم تسبق له رؤيته^(٥) .

والباحث يعيل إلى الرأي الأول القائل بأن سبب ثبوت خيار الرؤية ، هو
عدم علم المشتري بالمبيع ، أي عدم الرؤية . وليس تعيب إرادة المشتري ، أو
وقوعها في الغلط . وذلك للنصوص الشرعية المثبتة لخيار الرؤية ، والتي رتبته
على عدم الرؤية .

^(١) بين الحقائق للعلامة الزيلعي ج٤ ص ٢٥٥ .

^(٢) بدائع الصانع للعلامة الكاساني ج٧ ص ٣٣٦ ، حيث جاء فيه : ((إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم
لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، لما روى عن رسول ﷺ أنه قال : من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ،
ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار)) .

^(٣) شرح الصنعة على الهداية وفقه القدير ج٥ ص ١٤٠ .

^(٤) انجلي لابن حزم ج٩ ص ٤٣٥ .

^(٥) د/ عبد الرزاق السهري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٢ ص ١٣٢ و ج٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ ، د/

عبد الستار عبد الكريم أو غده ، الرسالة السابقة ص ٣٦٤ .

وبذلك يعتبر علم المشتري بالمبيع شرطاً مستقلاً عن تعيب الرضاء والقط
يترتب على عدم تحققه ثبوت الحق للمشتري في خيار الرؤية ، ولو لم يقع فسي
القط ، بل ولو وجد المبيع مطابقاً لما تصوره .

١١١ - طبيعة الالتزام بالإعلام في الفقه الإسلامي .

يقوم الالتزام بالإعلام في الشريعة الإسلامية على عاتق البائع لصالح
المشتري إذا كان من شأن كتمان بيلات المبيع ومواصلته أن ينطوى على
تدليس أو غش محرم ، بغرض إخفاء عيوب المبيع ، فيجب على البائع إعلام
المشتري وقت إبرام العقد بعيوب المبيع ، ويجب على الأجنبي عن العقد الذي يعط
بعيوب المبيع إخبار المشتري بها قبل إبرام العقد فإن لم يكن الأجنبي حاضراً ولم
يتيسر له فيعده لئتمكّن المشتري من الرد بالعيب^(١) ، وبذلك يكون الالتزام بالإعلام
في الفقه الإسلامي سابقاً على التعاقد ، حيث يجب تنفيذه قبل وقت إبرام العقد .
والالتزام بالإعلام في الفقه الإسلامي ، يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة يجب
على البائع تنفيذه ، وإلا كان عاصياً آنماً^(٢) ، ويضمن ما يترتب على إخلاله بهذا
الالتزام من أضرار ، تصيب المشتري في نفسه أو ماله .

(١) المجموع شرح المهلب جـ ١٢ ص ١١٧ ، الفروع الفقهية جـ ٢٠ ص ١١٦ .

(٢) حاشية العلوي على شرح الإمام أبي الحسن للمسمى بكتابة الطالب الريان جـ ٢ ص ١٢٨ و ١٣٩ ، المجموع

شرح المهلب جـ ١٢ ص ١١٦ ، البحر الزعتر جـ ١ ص ٣٥٥ ، النيل وشفاء العليل وشرح النيل جـ ٨

المطلب الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي بصد

طبيعة العلم بالمبيع

١١٢ - يبرز الاختلاف في الصياغة الفنية بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي ويظهر مدى استقلال الفقه الإسلامي وأصالته وتميزه من خلال آلية المعالجة لطبيعة العلم بالمبيع .

ففي الفقه القانوني : حاول بعض الفقهاء تكيف نظام العلم بالمبيع برده إلى بعض الأنظمة القوتية المعروفة وهي الغلط وتعيين المبيع واعتبره تطبيقاً لهما . بينما نظر جانب آخر من الفقه إلى المصدر التاريخي لأحكام العلم بالمبيع في القانون المدني المصري واعتبر العلم بالمبيع مكنة أو رخصة تنطبق بلزوم العقد كما هو الحال في خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، وأخيراً اعتبر بعض الفقه القانوني أن أحكام العلم بالمبيع وفقاً للمادة (١٩٤) مدني مصري تعتبر نظاماً قانونياً مستقلاً يوجب علم المشتري الكافي بالمبيع ويفرض على عاتق البائع التزاماً بإعلامه نظراً للطبيعة الخاصة لعقد البيع ، بينما نرى أن الفقه الإسلامي ينظر إلى شرط العلم بالمبيع من حيث ما له من أثر على صفة العقد إلى أنه شرط على اختلاف بين الفقهاء في نوع هذا الشرط ، فيرى جمهور الفقهاء أنه شرط لصحة العقد ، يترتب على تخلفه للبطلان ، ويرى بعض الحنفية أنه شرط للزوم العقد يترتب على تخلفه ثبوت الحق للمشتري في خيار الرؤية . واختلف الفقهاء في سبب ثبوت الخيار ، فقول الجهل بأوصاف المبيع ، وقيل تعيب الرضاء للجهل بالمبيع ، وقيل الغلط المفترض للجهل بالمبيع .

وإذا كان قد وقع الخلاف في الفقه القانوني ، حول طبيعة التزام البائع بالإعلام فقول إنه التزام سابق على التعاقد ، وقول إنه التزام عقدي ، وإذا كان يرى غالب الفقه القانوني أنه التزام ببذل العناية اللازمة ، ويرى البعض أنه التزام بتحقيق

نتيجة بينما يرى آخرون ، أنه يحوى في الحقيقة التزامين أحدهما بتحقيق نتيجة والآخر ببذل العناية اللازمة ، فإن الفقه الإسلامى يرى أن التزام البائع بالإعلام هو التزام سابق على التعاقد . يجب تنفيذه ، قبل وقت إبرام العقد . وإخلال البائع به يجعله عاصياً أثماً ويحمله ضمنان الأضرار المترتبة على هذا الإخلال ، مما يستفاد منه ، أنه التزام بتحقيق نتيجة .

المبحث الثانى

نطاق العلم بالمبيع

١١٣ - تمهيد وتقسيم :

نتناول فى هذا المبحث بيان النطاق الذى يمتد إليه نظام العلم بالمبيع من حيث : الأشخاص أطراف العلاقة العقدية ، والأشياء التى يرد عليها نظام العلم الكافى ، والتوقيت (الزمان) الذى يجب أن يتحقق فيه العلم بالمبيع ، ونظام إثباته والعقود التى يمكن أن يمتد إليها .

نبيّن ذلك فى القانون المدنى ، والفقه الإسلامى ، ثم نعقد مقارنة بينهما وذلك فى ثلاثة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : نطاق العلم بالمبيع فى القانون المدنى .

المطلب الثانى : نطاق العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثالث : مقارنة .

المطلب الأول

نطاق العلم بالمبيع في القانون المدني

يبين هذا النطاق من حيث ، الأشخاص ، والأشياء ، والزمان ، والإثبات والعقود .

أولاً : من حيث الأشخاص .

يمتد نطاق العلم الكافي ليشمل جميع الأشخاص الدائنين بالحق في العلم الكافي ، والمدنيين بالالتزام بالإعلام .

١١٤ - الدائنين بالحق في العلم الكافي .

يعتبر المشتري هو الدائن بالحق في العلم الكافي ، وفقاً لنص المادة (٤١٩) في فقرتها الأولى ، والتي قررت أنه : ((يجب أن يكون المشتري علماً بالمبيع علماً كافياً)) ، وهو ما يجمع عليه فقهاء القانون المدني^(١) . وعلى ذلك لا يلزم لصحة البيع أن يكون البائع علماً بالشيء المبيع علماً كافياً . فمثلاً إذا ورث شخص منزلاً ثم باعه قبل أن يعاينه أو يتحقق لديه العلم الكافي به فإنه لا يستطيع الطعن في هذا البيع إلا وفقاً للقواعد العامة ، ولا يحق له أن يطلب إبطال البيع لمجرد أنه لم يكن يعلم بالمبيع علماً كافياً^(٢) وحكمة ذلك أن القصد الأساسي من مشروعية البيع هو نقل ملكية المبيع للاكتفاح به وهذا قصد للمشتري ولذلك تقرر له الحق في العلم بالمبيع أما قصد البائع فهو الثمن كما أن المبيع يكون في غالب الحالات تحت يد البائع وتصرفه فالأصل أن يكون مطلعاً عليه وعلماً به .

^(١) د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ف ٤١ ص ٦٨ ، د/ عبد الوود يحيى المرجع السابق ص ٤٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق ف ٢٤ ص ٣٥، ٣٤ ، د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ص ٥٠ ، ٧٩ ، د/ محمد نصر الدين منصور . المرجع السابق ص ١٨١ ، د/ مصطفى أحمد الزرقاء . شرح القانون المدني السوري . العقود المسماة ، عقد البيع والتقايط ف ٣٦ ص ٥٢ ط . رابعة ١٣٧٩ هـ .

١٩٥٩م مطبعة جامعة دمشق .

^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق ف ٢٤ ص ٣٤ ، ٣٥ .

فإن كان عنده وتحت يده ، ولم يطلع عليه ، فيكون مقصراً في حق نفسه ويتحمل هو نتيجة ذلك^(١) .

ولا يعد بطل البائع إذا ادعى أنه باع ما لم يره ولم يعلم به لأن القلط المقترن بتقصير ممن وقع فيه يكون غلطاً غير مفتقر ، والغلط غير المغفّر لا يعد به ، ثم إن غلط البائع في هذه الحالة راجع لكونه قنّر أن المبيع أقل جودة من حقيقته وهذا بخلاف المشتري فغلطه راجع إلى تقدير أن المبيع أكثر جودة من حقيقته والمشتري إذا اشتري شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء كان له الخيار أما البائع فإذا باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد ، فلا خيار له^(٢) .

وتقرير الحق للمشتري في العلم للكافي بالمبيع يخوله صفة الدائن في مواجهة البائع ، والذي يكون مدينًا بإعلامه ويحيث يعتبر دائناً بالالتزام بالإفضاء كل مشتر لا دراية له بالمبيع^(٣) .

يسوى في ذلك المشتري غير المتخصص والمشتري المتخصص متى كانت حرفة هذا الأخير لا تمكنه من الإلمام بكل خصائص ، ودقائق الشيء المبيع^(٤) .

فإذا كان المشتري شخصاً غير متخصص (أي مستهلكاً عادياً) يشتري لإشباع حاجاته الشخصية وحاجات أسرته فإن نطاق الالتزام بالإفضاء يتسع إلى أقصى حد ممكن إذ أن مثل هذا المشتري لا يمكن افتراض علمه ببيانات ومواصفات المبيع ، ومن ثم يعد جهله به جهلاً مشروعاً ، ويتعين على البائع أن

^(١) د/ محمد الزحيلي . المرجع السابق ص ١٠٦ .

^(٢) د/ عبد الرزاق السهوي مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٢ ص ١٣٤ .

^(٣) د/ حسام الدين كامل الأهواني . المرجع السابق ف ٥٦١ ص ٤٧٤ .

^(٤) J.G hestin et B deschè . la vente . op . cit . no 870 P 927 Alain Béinabent . op . cit . n° 200 P 124 .

د/ جابر محجوب على المرجع السابق ف ٢١٩ ص ٢٢٤

يحيطه علماً بكافة الليقات التي هو في حاجة إليها ، سواء فيما يتعلق باستعمال المبيع أو بالوقاية من أخطاره^(١) .

ويأخذ حكم غير المتخصص ((المشتري الذي يباشر تخصصاً ، لا يسمح له بمعرفة خصائص الشيء المبيع ، فهو وإن كان لديه بعض المعلومات ، إلا إنها معلومات ناقصة وتفتقد إلى الدقة والتحديد ولا جدال في أن إكمال هذه المعلومات وإيضاح الغامض منها يقع على عاتق البائع الذي يلتزم تبعاً لذلك بالإدلاء لهذا المشتري بكافة المعلومات المتوفرة لديه))^(٢) .

وقد أيدت الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية ، حكم محكمة الاستئناف الذي بيّن أن موهبة الرسام ، وتخصصه في فن الرسم ، لا تعنى بالضرورة أن يكون صاحب اختصاص في تكوين ، أو تركيب المنتجات المستخدمة في فن الرسم ، ولذلك كان يجب على البائع إعلامه بالاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستخدام^(٣) .

أما إذا كان المشتري مهنيّاً في نفس تخصص البائع ، فإن تخصصه هذا يحد من نطاق التزام البائع بالإعلام ، ويكون من ثم سبباً لتخفيف مسؤوليته . والسبب في ذلك أن تخصص المشتري يمكن أن يعوض نقصاً في المعلومات التي يدلى بها البائع ، فإذا كانت المعلومات المقدمة للمشتري المتخصص قليلة فلا تقوم مع ذلك مسؤولية البائع مادام أن القدر الذي تم تقديمه منها يكفي لتبصير مشتر من نفس التخصص ، إذ أن المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري في هذا

^(١) F . collart et ph . Delebecque , op . cit , n° 221 , p . 187 . Ph. Malaurie et l. Ay nes , op . cit t . VII11 n° 311 p 213 . cass 1 er , civ , 14 dèc 1982 , Bull , civ .1 n° 361 , pp . 309 et 310 .

^(٢) د/ جابر عجوب على ضمان سلامة المستهلك المرجع السابق ف ٢١٩ ص ٢٢٥ .

^(٣) cass 1er civ , 23 Avril 1985 , Bull civ , 1. N° 125 , p . 115 . D . 1985 , p558 , not , sophie dion , R.T.D. com . 1986 n° 10 , p . 145 . obs . J . Hémard . et B . Boulloc .

الفرض ، قد لا تكون راجعة إلى نقص المعلومات ، بل إلى خطئه هو ، في الانتفاع بها ، أو التعامل معها^(١) .

كما أن تخصص المشتري يجب أن يثير لديه حب الاطلاع ، بحيث يدفعه إلى الاستعلام عما يجهله من بيانات تتعلق بكيفية استعمال المبيع ، أو الوقاية من مخاطره فإن لم يفعل تعين أنه يكتفى بما لديه من المعلومات .

ولا يمكن أن يعزى إلى البائع أى تقصير في الاكتفاء بما قدمه منها^(٢) . ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسئولية البائع لآله للصق البطاقات على زجاجات المشروبات عن الضرر الذى أصاب مشتريها من جراء إدخال يده فيها أثناء عملها وقد قرر الحكم أن المشتري وهو مزارع كروم ومنتج للمشروبات لا يمكن أن يجهل خطر التدخل في هذه الآلة وهى تعمل ، ومن ثم فإن ما أصابه من ضرر إنما يرجع إلى خطئه وليس إلى تقصير البائع في تحذيره من هذا الخطر^(٣) وبذلك فإن للمحكمة تكون قد استندت إلى صفة المشتري وكونه صاحب اختصاص وتجربة ، يفترض معها علمه الكافى بحقيقة المبيع وما ينطوى عليه من خطورة ، بما يعطى البائع من المسئولية .

ولكن إذا كان المبيع من المنتجات الجديدة الابتكار ، والحديثة التداول في الأسواق ، فإنه يجب على البائع إعلام المشتري بكافة البيانات الضرورية والنافعة في استعماله ، حتى ولو كان المشتري شخصاً مهنيّاً متخصصاً^(٤) .

(١) د/ حام الدين الأهران المرجع السابق ف ٥٦١ مـ ٤٧٤ و ٤٧٥ .

د/ جابر محجوب على المرجع السابق ف ٢٢٠ مـ ٢٢٦ .

(٢) F. collart et . op delebecque , op. Cit , n° 221 p 188 .

د/ جابر محجوب على ضمان سلامة المستهلك المرجع السابق ف ٢٢٠ مـ ٢٢٦ .

(٣) cass 1er , civ , 14 Juin 1980 , B ull civ 1980, 1. n° 186 p 151 , R. T. D com . 1981 , p 34 , dos . J . Hemard .

(٤) Ph . Malaurie et L . Aynès , op . cit , T , V111 , n° 312 p 214 .

فقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على قيام الالتزام بالإعلام على عاتق البائع لصالح المشتري ، ولو كان مهنيًا ، إذا كان المبيع من المنتجات الجديدة ، والحديثة الابتكار ، أو ذات للتقنية العالية والمعقدة^(١) .

وحماية لحق المشتري في العلم الكافي بالمبيع ، قررت المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري الحق للمشتري في الطعن بالبطلان عندما لا يتوافر لديه العلم الكافي بالمبيع ، وهذا الحق لا يثبت للبائع فلا يجوز لهذا الأخير أن يطلب التحلل من البيع بدعوى أن المشتري لم يكن يعلم بالشئ المبيع العلم الكافي . بل أنه ليس للبائع أن يطلب إبطال العقد بدعوى . أنه هو شخصياً ، لم يكن يعلم بالمبيع علماً كافياً ، لأن البطلان تقرر هنا لمصلحة المشتري ، وليس للبائع من طعن على أساس الجهل بصفة من صفات المبيع ، إلا استناداً إلى القواعد العامة في الغلط^(٢) . وكما يثبت الحق للمشتري في العلم بالمبيع والحق في طلب الإبطال لعدم العلم الكافي ، فإنه قد يثبت أيضاً لتلقيه ، أو وارثه .

١١٥ - ثبوت الحق في العلم الكافي بالمبيع لأبناء المشتري :

مما لا شك فيه أن ((حياة الأفراد في المجتمع تتطلب تضامهم وتعاونهم ومن صور ذلك التضامن والتعاون ، نيابة بعضهم عن بعض في مباشرة التصرفات القانونية))^(٣) . ولذلك يجوز للمشتري أن يوكل غيره في شراء شئ

(١) V . par exc. A . Versailles , 7 novembre 1996 , R . J . D . A . 2 / 97 n° 187 . , cass 4e com , 19 decem 1995 , R . J . D . A . 4/ 96 , n° 482 p 350 , cass 1er civ , 20 juin 1995 , Bull civ . 1 . n° 277 P 192 , cass 1er , civ , 4 mai 1994 , Bull civ , - 1 . n° 163 , P . 120 . , cass 4e , com , 2 mai 1990 . Bull civ . 1V , n° 133 , P 89 . , cass 1er , civ , 18 mai 1989 , Bull civ - 1 , n° 206 , P . 137 . , cass 4e com 11 , juillet , 1988 , Bull . civ , 1V n° 250 , P . 172 .

(٢) د/ جيل الخرقاري المرجع السابق ف١٨ ص ٤٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٢٧ ص ٤٠ .

(٣) د/ جمال مرسى بدر ، النياية في التصرفات القانونية . طبيعتها وأحكامها رسالة دكتوراه ف ٤ ص ٧ ط

نزيهة عنه ، وفي هذه الحالة يستوى أن يعطى المشتري بالمبيع بنفسه ، أو بواسطة نائبه .

والنزيهة قد تكون قاتونية أو اتفاقية ، طبقاً للقواعد العامة فى النزيهة وفقاً للمادة (١٠٤) مدنى مصرى ففى حالة النزيهة القانونية يثبت الحق فى العظم الكافى بالمبيع للولى أو الوصى لفائدة الأهلية كالمجنون والمعتوه والصبى غير المميز وفى حالة النزيهة الاتفاقية (الاختيارية) كعقد الوكالة ، إذ العقد يعقده الوكيل وتنصرف آثاره للموكل^(١) فإن معاملة وكيل المشتري للمبيع وعلمه به تكفى لثبوت العلم فى حق المشتري وبالتالي لسقوط الحق فى طلب الإبطال المترتب على عدم تحقق العلم بالمبيع وذلك لأن كل ما يتصل بالعقد يرجع إلى الوكيل والرؤية من تمام العقد^(٢) ، ولكن يشترط أن تكون الوكالة وكالة خاصة طبقاً للمادة (٧٠٢) من القانون المدنى المصرى بحيث يكون وكيل المشتري موكلاً فى شراء شىء معين وفى رؤية المبيع ومعاينته أما إذا كان موكلاً فى استلام المبيع فقط ، فإن رؤيته للمبيع لا تكفى لثبوت العلم فى حق المشتري ومن ثم فلا يترتب عليها سقوط الحق فى طلب الإبطال ، وذلك لأن الوكالة بالاستلام لا تستلزم الوكالة بالرؤية والمعاينة ، فالوكيل بالاستلام هو مجرد رسول يرسل من طرف المشتري لأخذ المبيع ، فلا يمكن أن يقوم نظره ، مقام نظر مرسله ، إذ من المعروف أن الشخص قد يرسل خادمه أو مجرد رسول لاستلام الشئ ولكنّه يوكل من يرى فيه الحصافة فى الرأى والخبرة بالأمر ليعاين الشئ الذى يريد شراءه . فمثلاً : إذا أقدم شخص على شراء منزل ، أو آلة بخارية فإتبه يبعث

^(١) د/ محمد حدى مكي ، النيابة فى التصرفات القانونية فى القانون المقارن . رسالة دكتوراه ص ١٠٩ ط ١ .

١٩٨٦ كلية الحقوق . جامعة القاهرة .

(٢) د/ حسن على اللبون ، النظرية العامة فى الفسخ الرسالة السابقة ص ١٥٤ .

مهندساً فنياً من الخبيرين بذلك لمعابنتها ولكنه قد يبعث بأى شخص للاستلام^(١) فالرسول الذى يرسله المشتري لا يعتبر نقياً لأن دوره دور مady بحث لا يتجاوز مجرد نقل إرادة أحد الطرفين للآخر شأنه في ذلك شأن الكاتب أو آلة التليفون فهو مجرد رسول أو أداة لنقل إرادة المتعاقد ، بينما النيابة تقتضى من النائب نشاطاً إرادياً لا نشاطاً مادياً ، إذ النائب يعبر فى التصرف عن إرادة خاصة به^(٢) . ولمعرفة حقوق الوكيل ، وما يسرى منها في حق الموكل ، يتم الرجوع إلى عقد الوكالة وما يستخلص منه صراحة أو دلالة فمن يشتري آلة ويرسل مهندساً ميكانيكياً لاستلامها يفترض أنه وكله في معابنتها بخلاف من يرسل عاملاً غير فنى لاستلامها ونقلها^(٣) وقد كان القانون المدنى السابق متضمناً لرؤية الوكيل ومعابنته للمبيع ، وأنها تكفى لثبوت العلم في حق المشتري الموكل بنص المادة (٢٤٩) مدنى أهلى ، والمادة (٣١٥) مدنى مختلط والتي كانت تصرح بأنه : ((يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً إما بنفسه ، أو بمن وكله في معابنته)) . وورد هذا النص في التفتين المدنى الجديد في المادة (١/٤١٩) بعد استبعاد عبارة ((إما بنفسه أو بمن وكله في معابنته) لبداهتها ولكون حكمها مستفاداً من القواعد العامة^(٤) .

ويثبت الحق في العلم بالمبيع لمستعمل الشيء ولو لم يكن مشترياً له كالعامل الذى يستعمل الأجهزة التى اشتراها رب العمل^(٥) كما يثبت هذا الحق للورثة .

^(١) د/ محمد حلى عيسى شرح البيع المرجع السابق و ١٠٧٤ و ١٠٧٥ ص ٢٤٢، ٢٤١ . د/ احمد نجيب الملل ، د/ حامد زكى المرجع السابق ف ١٠٩ ص ٨٣ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٢٦ ص ٣٨٠، ٣٧ .

^(٢) د/ جمال مرسى بنو ، الرسالة السابقة ص ١٠ .

^(٣) د/ أنور سلطان ود/ جلال المدنى عقد البيع ، المرجع السابق ف ٢٢٠ ص ١٦٩ .

^(٤) مجموعة الأعمال المحققة للقانون المدنى للمصرى ج ١ ص ١٩ .

^(٥) (Vassili) CHRISTIANOS . Thèse précitée , P 241 .

١١٦ - ثبوت الحق في العلم الكافي بالمبيع لورثة المشتري :

كما ثبت الحق في العلم الكافي بالمبيع للمشتري ، ويكون له الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، فإن هذا الحق يثبت أيضاً لورثة المشتري ، لرفع الضرر عنهم خاصة وأنهم سوف يطالبون بمسداد ثمن العين محل التعاقد ، إذا لم يكن المشتري قد وفى به ، كما أن هذا الحق من الحقوق المالية التي يجرى فيها التوارث لأنه يتطرق بعين تقوم بالمال وهو مما أكدته محكمة النقض المصرية فيما يتطرق بالحق في الأخذ بالشفعة ، حيث أثبتت هذا الحق للورثة ، وقد جاء في حكمها أنه : ((قد خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفع ، أينقل إلى الورثة ، أولا ينتقل ، فالقول الفصل فيها جميعاً . أنها تنتقل قانوناً إلى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجرى فيها التوارث مجرى الأصل))^(١) .

ومن ثم فلا يسقط حق طلب إبطال البيع لعدم العلم الكافي بالمبيع بوفاء المشتري ، بل ينقل إلى ورثته ، مثله في ذلك مثل الحق في طلب الإبطال أياً كان سببه^(٢) .

١١٧ - المدين بالالتزام بالإعلام .

يقوم الالتزام بالإعلام بحسب الأصل - على عاتق كل بائع ، سواء أكان صانعاً للمبيع أو تاجراً وسواء أكان متخصصاً في بيعه أو غير متخصص أو مجرد بائع عرضي له^(٣) .

ويختلف مدى ونطاق الالتزام بالإعلام بحسب صفة البائع وتخصصه .

^(١) نص مدق معرى ٨ يولي ١٩٢٩ م ، المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية والشرعية ، السنة الحادية والأربعون .

العدد الأول ، رقم (١٨) ص ٤٥ .

^(٢) د/ إسماعيل غانم . الوجيز في عقد البيع ، المرجع السابق ٥١٣ ص ٨٧ .

^(٣) د/ محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ ص ٤٤٨ .

فالبائع المهني (الصانع) يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام بصفة رئيسية^(١) . ويرجع ذلك إلى أنه يتوافر لديه المعلومات الكافية عن حقيقة السلعة التي يقوم بإنتاجها من حيث مكوناتها وخصائصها وتركيباتها الدقيقة وطريقة استعمالها والأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال . وهو يملك الوسائل التي تمكنه من إعلام المستهلك عن هذه الأمور .

كما أن المشتري العادي ينتظر من البائع المنتج (الصانع) أن يزوده بالمعلومات ، والنصائح التي هو في حاجة إليها^(٢) ، ولذلك فإن القضاء يجعل البائع المنتج ضامناً للبايعين الذين يتولون توزيع منتجاته في خصوص ما يتعرضون له من مسؤولية تجاه مستعملي هذه المنتجات بسبب عدم كفاية ما قدم لهؤلاء الآخرين من مطومات عن تلك المنتجات^(٣) .

أما البائع الموزع : فهو لا يقوم بإنتاج السلعة ، وإنما يشتريها من أجل أن يقوم بإعادة بيعها ولذلك فهو يقوم بتسليمها إلى المشتري بما تحتوى عليه من بيانات وتعليمات وبما يرفق معها من نشرات أو كتيبات . فإن كان ثمة نقصان

(١) V. en ce sens : J.G Hestin et B. DESCHÉ , La Vente OP . cit . n° 869 . P 926 . , F. collart . et Ph. Delebecque , op . cit , n° 219 p 186, THANH Bourgeois et . REVEL , La responsabilité du Fabricant en cas Violation de l'obligation de Renseigner . article , n° 11 , (Henri MAZEAUD la responsabilité civile du Vendeur - Fabricant , RTD civ 1955 n° 17 P 618 , B . GROSS et ph. BIHR . op cit , p 254 , (Beatriz Amaralis) BAUTISTA SANCHEZ . La protection du consentement du consommateur dans les Ventes commerciales en droit Français et en droit Venzuelien , the'se de doctorat , paris 11 , 1981 pp .94 et 95 . (GENEVIEVE) VI NEY , La Responsabilité , conditions , op , cit n° 511 , p . 617 .

(٢) F . collart . et Ph. Delebecque , OP . cit , n° 221 p 187 .

(٣) J . GH estin et B. DESCHÉ , Le Vente op . cit , n° 869 , p 926 THANH Bourgeois et Revel . article Précité , n° 11 .

فى إعلام المستهلك ، أو تحذيره ، فإنه يجب أن يمتد إلى منتج السلعة والذى يجب أن يتحمل مسئولية ذلك^(١) .

ولكن هذا لا يعنى إعفاء البائع الموزع من الالتزام بالإدلاء ببيانات المبيع إلى المشتري وإنما يختلف مدى التزامه بالإعلام بحسب ما إذا كان بائعاً متخصصاً ، أم بائعاً غير متخصص .

البائع المتخصص : Le Vendeur spécialisé

هو الذى يكرس نشاطه لبيع سلعة معينة دون غيرها ، أو سلع تخدم غرضاً واحداً ، مثل قطع غيار السيارات بأنواعها^(٢) . وهذا البائع بحكم تخصصه يتوافر لديه المعلومات الكافية عن حقيقة السلع التى يقوم ببيعها ، سواء من حيث تركيباتها وخصائصها ، أو استعمالاتها ومخاطرها . ولذلك فهو يلتزم بالإدلاء للمشتري بالبيانات والمعلومات التى يعرفها عن المبيع ، أو التى كان بإمكانه العلم بها^(٣) .

وذلك بخلاف المنتج (الصانع) والذى يلتزم بإعلام المشتري بدقة بما يعطيه فعلاً ، وما يجب عليه أن يعلمه من بيانات ومعلومات ، وإلا انتقدت مسئوليته^(٤) .

أما البائع غير المتخصص : وهو من يبيع سلعاً مختلفة أو أجهزة متعددة الأنواع والاستخدامات ، فإن التزامه بالإعلام يقتصر على توفير الكتيبات

^(١) د/ جابر محجوب على ، ضمان سلامة المستهلك . المرجع السابق ف ٢٢٣ - ٢٢٩ .

^(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواي المرجع السابق ف ٥٦٠ - ٥٧٤ .

^(٣) J . Chestin et B . D esché , op . cit n° 869 , p . 926 , (philippe) MALINVAUD . note n° 5 sur cass com , 16 octo . 1973 , J.C.P 1974 , II . 17846 .

^(٤) G Hestin et (B) DESCHÉ , OP . cit , n° 869 , p . 926 .

د/ حسام الدين الأهواي ، المرجع السابق ف ٥٦٠ - ٥٧٤ .

والنشرات وسائر البيانات التي يرفقها المنتج بالسلسلة ، دون أن يلتزم ببيان مخاطر لا يعطها فعلاً^(١) .

ويندأ جانب من الفقه للقائوني بعدم التمداد في إعفاء البائع غير المتخصص من التزامه بالإعلام على حساب سلامة المشتري خصوصاً وأن المنتج يضمن البائع ضد مسؤوليته الناشئة عن مخاطر المبيع^(٢) ويرى بعض الفقه ضرورة التسوية بين البائع المتخصص وغير المتخصص في فرض الالتزام بالإعلام على عتقهما لمصلحة المشتري^(٣) .

والبائع العرضي : le vendeur occasionnel . وهو كل من يقدم على بيع شيء بصفة عرضية ، دون أن يتخذ من هذا العمل حرفة له^(٤) . والأصل أن يتحدد التزام هذا البائع في الأمانة والثقة وحسن النية إلا أنه لا يعطى مع ذلك من واجب الإعلام ، بل يلتزم بإعلام المشتري بما يعرفه عن المبيع . وبالمقابل لا يسأل عن تقديم المعلومات التي لا يعطها لكنه لا يعطى من المسؤولية بسبب جهله بالخطر الكامن في الشيء الذي يبيعه^(٥) وقد أقرت الدائرة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية الالتزام بالإعلام على عتق البائع غير المهني واعتبرت أن البائعة (العرضية) لقطعة الأرض قد أخلت بالتزامها بالإعلام ، لأنها لم تكشف للمشتري عن خصائص ومواصفات الأرض المباعة ، رغم علمها بها^(٦) .

(1) (vassili) Chistianos , thèse précitée , p246 . cass 1er civ, 31 janv 1973 , Bull civ .I, n° 40 pp 36 et 37 . , J. c. p 1973 1V p . 106 .

د/ جابر محبوب علي المرجع السابق ف ٢٢٥ ص ٢٢١ .
(٢) د/ حسام الدين كامل الأرواني ، المرجع السابق ف ٥٦٠ ص ٤٧٤ .

(٣) د/ علي سيد حسن الالتزام بالسلامة . المرجع السابق ص ٩٩ هامش (٥٠) .

(٤) محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية جـ ص ٤٣٢ و ٤٣٣ ، د/ علي سيد حسن . المرجع السابق ص ٧٣ .

(5) F.collart et ph . Delebecque , op . cit n° 219 p 185 ,
(B) GRpss . et ph . BIHR . cit , p 254 .
(alain) . Bénabent . Op. Cit , n° 200 , p . 124 .

د/ محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ج ١ ص ٤٤٨ .
(٦) cass 3 , civ , 21 Juillet 1993 , Bull , civ , III , n° 117 p 76 . , cass 3e civ 30 Juin 1992 . Bull . civ , III , n° 238 , p . 145 . (laurent) LEVENEUR . , note sur cass civ , 30 juin 1992 , contrats , concu . consom , decem , 1992 n° 218 , p 5 . cass 3e civ 7 decem 1988 , Bull . civ , III n° 176 , p . 96 .

- ومن جانبى لرى أنه إذا كان القاتون المبنى المصرى قد بين الشخص الدائن بالالتزام بالإعلام وهو المشتري حيث نصت المادة (٤١٩) فى فقرتها الأولى على أنه : ((يجب أن يكون المشتري عالماً علماً كافياً)) إلا أنه لم يحدد شخص المدين بهذا الالتزام بطريقة صريحة ويبدو أنه أراد أن يجعل الالتزام بالإعلام الكافى بالمبيع واجباً قانونياً ، يتعدى الخطاب فيه بالإلزام ، المتعاقد المباشر مع المشتري وهو البائع إلى غيره من الأشخاص الذين قد يكون لهم دور غير مباشر فى إبرام العقد مثل الموزعين والمنتجين بحيث يلتزموا جميعاً باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتحقيق علم المشتري الكافى بالمبيع ، وبحيث يجب أن يتضمن كل هؤلاء فى تنفيذ الالتزام القاتون بالإعلام الكافى ، وإلا ترتبت المسئولية التقصيرية على علقهم ، ويبدو لى أن فرض هذا الالتزام بالإعلام على علق المنتجين يعتبر أكثر ملائمة من فرضه على البائع الموزع أو بائع التجزئة لما يتوافر لدى المنتجين (الصناع) من الدراية الحقيقية والمعرفة الفطرية بحقيقة الشيء الذى يقومون بإنتاجه فضلاً عما يتوافر لديهم من الإمكانيات والمقدرة اللازمة لإحاطة المشتري علماً بحقيقة السلعة التى يقدم على شرائها .

١١٨ - ثانياً : من حيث الأشياء .

الأصل أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع يشمل جميع الأشياء المباعة سواء كانت من المنقولات أم من العقارات ، أشياء مادية ، أو معنوية بسيطة أو معقدة ، عادية أو خطيرة ، مستعملة أو جديدة ، شائعة الاستعمال أو حديثه الابتكار ، خاصة إذا كان للتعاقد قد تم بين صانع أو بائع مهني وبين مستهلك عادي ، وفقاً للمادة الثانية من التشريع الفرنسي الصادر في ١٨ يناير ١٩٩٢م والذي قوى حماية المستهلكين^(١) والأمن على ذلك عديدة ولا تقع تحت حصر ، كأن يتم البيع على قطعة أرض أو محل تجارى ، أو منتج غذائي ، أو مستحضرات تجميل ، أو مستحضرات صيدلية ، أو أدوات كهربائية ، أو حاسبات إلكترونية وغيرها.

ولكن يتسع نطاق العلم بالمبيع ، إذا كان البيع يقع على أشياء خطيرة أو أشياء معقدة ، أو جديدة وحديثه الابتكار^(٢) .

١١٩ - الأشياء الخطرة les choses dangereuses .

يجب علم المشتري بالصفة الخطرة للشيء المباع ، لأنها من الأمور التي تؤثر في رضائه بالتعاقد ، لأن العلم بها يضمن سلامته المادية والجسدية.

وقد حاول بعض الفقه وضع تعريف يوضح مفهوم الشيء الخطر ، فعرّفه بأن : ((للخطر ليس هو الضرر المحقق بل الضرر المهدد ، فلا شيء يكون خطراً قبل أن يكون مضراً أو مؤثراً))^(٣)

^(١) B. Gross et ph. Bihr, op. cit, p 253 .

(Jérôme) HUET, op. cit, nos 11266 et 11268, pp. 216 et 217, luc BIHL, op. cit, nos 226 et 227, pp 112 et 113 . et nos 429 et 430 , p 205 ., F. collart et ph. Delebecque op. cit, n° 216 . pp. 183 et 184 .

^(٢) F. collart et ph. Delebecque, op. cit n° 222 , p. 188 .

^(٣) (pierre) VOIRIN . la notion de chose dangereuse , D.H, 1929 chron.n°1, p. 2.

إلا أن أغلبية الفقه ترى أنه يجب أن يترك لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تحديد الأشياء التي يترتب على استعمالها خطر معين يجب إعلام المشتري به^(١).

والصفة الخطرة التي يجب أن يعلم المشتري بها علماً كافياً ، توجد في المبيع في ثلاث حالات :

الأولى : أن يكون الشيء خطراً بطبيعته .

ويتحقق ذلك عندما تكمن خطورة المبيع في طبيعته وخصائصه الذاتية لأنه يتم إنتاجه على هذه الصورة حتى يفي بالغرض المقصود منه وذلك كمواد للتنظيف السامة والعقاقير الطبية والأسلحة النارية والمبيدات الحشرية وغيرها^(٢).

الثانية: أن يحمل الشيء، في طياته ، أو بين عناصره مسببات الخطر. وهو ما يلبث أن يظهر بعد خروجه من تحت يد المنتج ، نتيجة اتصال عناصره وتفاعل مكوناته مع بعض العوامل الخارجية التي تؤثر عليها فترده إلى طائفة الأشياء الخطرة ، كمصير الفاكهة ، والمشروبات الغازية التي يمكن أن تخمر بفعل حرارة الجو ، مما يحولها إلى مواد قابلة للاشتعال أو الانفجار^(٣).

^(١)B. GROSS . thèse précitée , n° 218 , 209 .
(anne - maire) CHEMFLL , thèse précitée p74 note (I)
Yves BOYER, thèse précitée , n° 193 , p 276 .

^(٢)CHEMEL , thèse précitée p 74 . note (I) ,
OVERSTAKE , article précité , n° 4 pp 487 et 488 .

د/ محمد شكرى سرور المرجع السابق لـ ٢ ص ٧ ، د/ ثروت فني إسماعيل الرسالة السابقة ص ٣٦٧ .

^(٣) OVERSTAKE , article précité , n° 13 p 491 , cass civ 13 mai 1986 ,
RTD com . 1987 , m° 7 p 241 , note . J. Hémard et B. bouloc .

د/ محمد شكرى سرور المرجع السابق لـ ٢ ص ٨ .

الذاتية : الخطورة الناتجة عن الاستعمال .

وتظهر عندما يكون استعمال الشيء أو تشغيله يتطلب للقيام بعمليات معقدة من شأنها أن تجعله خطراً ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الأجهزة الكهربائية^(١) .

ويرى بعض الفقه ، أن معيار خطورة استعمال الشيء يجب أن يبحث عنه في طبيعة الشيء وخصائصه الذاتية ، ولا يمكن أن يستفاد من عناصر وظروف خارجية عنه^(٢) .

وإذا كان المبيع من الأشياء الخطرة على هذا النحو ، فإنه يجب على المنتج ، وكذلك البائع المهني أن يدلى للمشتري بكافة البيانات والمعلومات الدقيقة والواضحة التي تبين خطورته ، وتوضح طرق استخدامه والشروط والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستعمال لتجنب أخطاره^(٣) ، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها بالنسبة للأشياء الخطرة كالمواد اللاصقة القابلة للاشتعال^(٤) والمبيدات الحشرية ، والمواد المقاومة للتفجيرات النباتية^(٥) ،

(١) THANH Bourgeais et J. REVEL , article précité n° 9 .

B.GROSS - thèse précitée , n° 217 p 208 .

CHEMEL , thèse précitée p 74 note, (1)ALISSE, thèse précitée n° 121 p 104 ,

(Yves) BOYER thèse précitée n° 193 p 276 , cass civ . 14 décem 1982 , R.T.D. com 1984 p 333 , note , J. Hémard et B. Boulloc .

(٢) Overstake . article , précité , R.T.D. civ , 1972 , n° 3 . p 487 .

(3) J. HÉMARD et B . Boulloc . L' obligation de renseignement du Fabricant de produits dangereux , R.T.D. com 1984 , obs . p 333 , et R.T.D com 1987 , obs , n° 7 pp 241 et 242 .

د/عمود جمال الدين زكي للرجع السابق جـ ١ صـ ٤٤٣ ، د/ جابر محجوب على المرجع السابق لـ ٢١٠ صـ

٢١٥ .

(٤) cass 1^{re} civ , 31 janv , 1973 , Bull . civ . 1 . n° 40 pp 36 et 37 , J.C.P 1973 , 1V . p 106 , cass 1^{re} , civ , 11 octobre 1983 , Bull civ . 1 , n° 228 pp 204 et 205 .

(٥) cass 1^{re} , civ , 14 décem . 1984 Bull civ . 1 . n° 361 p 309 .

والمواد الشديدة القابلية للاشتعال^(١) والأتوية ، وما قد تسببه من مخاطر عند عدم مراعاة بيانات وتحذيرات الاستخدام^(٢) . وقد رفضت الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الطعن المقدم من المتعاقد ، ضد الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بإلزامه بالتعويض للمتعاقد معه ، وهو مربى دواجن رومي ، كان قد استخدم مادة لتطهير مكان تربية الدواجن موصى بها من المتعاقد معه ، وقد ترتب عليها نشوب حريق يمكن تربية الدواجن ، وبعد حصول المربي على التعويض من شركة التأمين ، قام بمطالبة المتعاقد معه بالتعويض على أساس أنه لم يخبره بخطورة المادة المستعملة في التطهير ، ومدى قابليتها للاشتعال وليست محكمة الاستئناف طلبه بالحكم بالتعويض إلا أن المتعاقد الآخر طعن في الحكم الصادر بالتعويض ضده بالنقض على أساس أن صانع المادة لم يشر في نشرة الاستعمال إلى خطورتها ، وإنما أشار فقط إلى طريقة الاستعمال والاحتياطات الواجب مراعاتها عند الاستعمال ، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن وأيدت حكم محكمة الاستئناف بالتعويض ، واتجهت بذلك إلى ضمان سلامة المستعمل النهائي^(٣) .

١٢٠ - الأشياء ذات التقنية العالية والمعقدة

des Objets Complexes ou de haute technicité
يتسع نطاق التزم البائع بالإعلام إذا كان المبيع من الأشياء المعقدة والدقيقة التركيب أو الصعبة الاستعمال ، والتي تتطوى على تكنولوجيا متطور ، كما هو الحال في الأجهزة المعلوماتية des biens informatiques ، كالحاسب الآلي ordinateur ، وغيره من الأجهزة

^(١) cass 1^{re} . civ , 13 mai , 1986 Bull civ -1- n° 128 pp 128 et 129 . J.C.P , 1986 IV , p 208

^(٢) C.A. ROUEN . 14 Fév 1979 , J.C.P , 1980 II 19360 obs. Patrick . Boinot .

^(٣) cass 1^{re} civ , 4 Aril 1991 , Bull . civ , I . n° 131 , pp 87 et 88 . R.T . D.com , 1992 , n° 14 . p 220 . obs . Bernard Bouloc .

الدقيقة ، حيث يلتزم بائع مثل هذه الأجهزة ، بالإدلاء للمشتري بكافة البيانات والمعلومات والنصائح ، التي تساعد على اختيار النظام الملائم لحاجته^(١) وأن يزوده بالبيانات اللازمة لاستعمال الجهاز وفقاً للغرض المقصود من الشراء^(٢) . ويلتزم البائع المهني للبرنامج بالإفشاء للمشتري بالبيانات المتعلقة باستعمال البرنامج ، وهو في سبيل ذلك يلتزم بأمرين : أحدهما : الالتزام بالتوصيف للمستندى للبرنامج ، والثاني : الالتزام بدعم البرنامج^(٣) .

بل قد يصل الأمر إلى حد إلزام البائع بتقديم المساعدة الفنية *assistance technique* ، إلى مشتري الجهاز ، إذا كان هذا الأخير قليل الخبرة والمعرفة *profane*^(٤) .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن بائع الأجهزة الدقيقة كجهاز المعلوماتية *matériel informatique* ، يلتزم عند تسليمه للجهاز بالترام تابع بالإعلام والنصيحة لإيضاح حقيقة الجهاز المبيع^(٥) . ويرجع ذلك إلى أن مشتري السلع والمعدات الإلكترونية ، وذات التقنية العالية لا يستطيع عادة - بل يكاد لا يستطيع على وجه الإطلاق - أن يقرر أو يحدد خصائصها وإمكانياتها وهو ما يتطلب ضرورة إعلام ونصح المشتري بالأغراض التي يمكن استخدام هذه المعدات فيها ومواصفاتها

^(١) malaurie et . aynès . op . cit , t . VIII , n° 314 p 215 ,

lu.c . Bilhi , op . cit , n° 429 p 205 .

F . collart et ph . Delebecque , op . cit , n° 222 pp 188 et 189 ., C.A , paris 4 Janv 1980 , J . C . P 1982 II, 19734 obs goutal

^(٢) cass com , 19 décem 1995 R.J.D.A . 4/96 . n° 482 p 350 .

د/ حسام الدين كامل الأهواي . للرجع السابق فـ ٥٥٨ - ٤٧٨ .

^(٣) د/ عزة محمود أحمد خليل مشكلات للمسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي . الرسالة السابقة

صـ ١٣٣ .

^(٤) C.A paris - 15 ch . B , 27 septembre 1996 R.J. D . A , 3/97 n° 341 p 215 .

^(٥) cass I^{er} . civ 25 Juin 1996 , bull . civ , 1996 -I- n° 274 , p 192 .

وإمكاناتها بل ومعاونته على اختيار ما يتناسب منها والأغراض التي يريد استخدامها فيها^(١).

١٢١ - المنتجات الجديدة والحديثة الابتكار .

les produits nouveaux .

قد يتعرض على المشتري معرفة خصائص المبيع أو كيفية استعماله نظراً لحدثاته، وعدم شيوع استعماله بين الناس ، وهو ما يستوجب فرض التزام على عاتق البائع بالإدلاء للمشتري بكافة البيانات التي توضح مكوناته وخصائصه ، وتبين طريقة استخدامه ، بما يجنب المشتري أخطاره ، ويسر له حسن الانتفاع به^(٢).

ويرى جانب من الفقه أن صفة الجودة والحدثات la nouveauté لا يُنظر إليها في حد ذاتها كمعيار لتحديد نطاق الالتزام بالإعلام ، بل تعتبر عنصراً يدخل في تقدير استحالة علم المشتري بالمبيع نظراً لحدثاته^(٣).

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن صفة الجودة والحدثات ينظر إليها في حد ذاتها كمعيار لتحديد نطاق الالتزام بالإفشاء ، إذ أن ((كل منتج جديد يجب أن يفترض جهل المشتري به جهلاً مشروعاً بما يوجب على البائع أن يحيطه علماً بكل البيانات اللازمة لاستعماله والانتفاع به وتوقي مخاطر))^(٤).

^(١) د/ حسن عبد الباسط جهمي شروط التخفيف والإعفاء المرجع السابق فـ ٢٣٩ مـ ١٨٠ .

^(٢) J. REVEL , La resp. ons AbiLité du Fabricant . thèse précitée n° 127 pp 204 et 205 .
CHEMEL. thèse précitée p 74 .

Lu c BIHL, op cit n° 341 , p 206 ., J. Ghestin et B. DESCHÊ , op. cit , n° 868 p 922 .,
ph . le tourneau . la responsabilité civile n° 1753 p 555 .,

د/ ثروت فحي إسماعيل الرسالة السابقة مـ ٣٦٦ ، د/ علي سيد حسن المرجع السابق مـ ٨٢ و ٨٣ ، د/عمد إبراهيم بنداري الرسالة السابقة فـ ٣٥ مـ ٧ .

^(٣) (Yves) ROYER , thèse précitée , n° 193 p 278 .,

د/ نزيه المهدي المرجع السابق مـ ١٥٩ .

^(٤) د/ جابر محجوب علي ضمان سلامة المستهلك . المرجع السابق ف ٢١٥ مـ ٢٢١ .

وسواء أخذنا الجدة بمعنى حداثة ابتكار المنتج ، وظهوره في السوق ، أو أخذناها بمعنى أوسع ، بحيث تشمل المنتجات التي يتعامل معها المشتري لأول مرة ، فإن المشتري يحتاج في كلتا الحالتين إلى معرفة خصائص المنتج المبيع ومكوناته وطريقة استخدامه ، وما قد ينطوي عليه من مخاطر وكيفية الوقاية منها ، بما ييسر له حسن الانتفاع بالمبيع ويجنبه أخطاره .

ولذلك فإن القضاء الفرنسي قد ألقى على عاتق البائع المهني التزام بالإدلاء لمشتري المنتج الجديد ، بكافة البيانات والمعلومات الضرورية والمفيدة في استعماله ، والتي تبين مدى ملاءمته للغرض المخصص له ، وأن يُعلمه عند اللزوم بالمخاطر التي يمكن أن تنتج عنه حتى ولو كان المشتري مهنياً^(١) .

والإزام البائع (وكذلك الصانع) بإعلام المشتري بحقيقة المنتج الجديد ، يرجع إلى أن المشتري - ولو كان مهنياً - لا يستطيع معرفة المواصفات الدقيقة للمنتج الجديد ولا يمكن أن نعيب عليه عدم بحثه واستعلامه عنه^(٢) .

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ، أن البائع للدهان الجديد والذي يستخدم لطلاء وكساء خزانات البترول السفلى ، قد أخل بالتزامه بالإعلام لأنه كان يطمح للغرض الذي سيستخدم فيه الدهان المبيع ، ولم يحد انتباه عميله حول مواصفات هذا المنتج ، والذي لم يكن مختبراً بما فيه الكفاية^(٣) .

(1) cass 4 com , 19 décem 1995 , R.J.D.A 4/96 n° 482 . p 350 .

cass Ier , civ . 4 mai 1994 , Bull . civ , I , n° 163 . p 120 .

(2) cass 4e . com , 2 mai 1990 , R.T.D. com , 1991 . n° 5 , pp 86 et 87 . obs . B.BOULOC.

(3) cass 4e , com , 2 mai 1990 , bull civ . IV , n° 133 , p 89 .

وأيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف الذي قرر مسؤولية البائع لمنتج جديد (بنور بقدونس) ، لأنه لم يوضح في نشرة الاستخدام طريقة الإجابات الصحيحة رغم أن المنتج كان جديداً ، بما يحتم على البائع إعلام المشتري بالبيانات الضرورية والمفيدة في استعماله وليس على المشتري الاستعلام عنه - حتى ولو كان مهتماً - لأن المنتج كان جديداً^(١).

كما ألقت محكمة النقض الفرنسية التزاماً بالإعلام والنصيحة على عاتق البائع المركب لجهاز (جرس الأمان) تجاه عميله قليل الخبرة والمعرفة ، أو حديث التعامل مع الجهاز *un neophyte en la matière*^(٢).

١٢٢ - ثالثاً ، من حيث الزمان (التوقيت) *le délai ou la durée* .

إذا كان المشرع قد استلزم توافر علم المشتري بالمبيع حماية له وتحقيقاً لمصلحته الخاصة ، فإن الرأي الغالب في الفقه المصري يذهب إلى أن العلم الذي يعتد به القانون ، هو العلم السابق أو المعاصر لاتعقاد العقد^(٣) بحيث يجب أن يتحقق العلم الكافي لدى المشتري بحقيقة المبيع عند إبرام العقد أو قبله ، لأنه على أساسه يستطيع المشتري أن يتخذ قراره النهائي بإبرام أو عدم إبرام عقد البيع .

ولكن إذا كان العلم بالمبيع سابقاً على إبرام العقد ، فبئس يجب أن يبقى المبيع وقت العقد على حالته التي كان عليها وقت العلم ، وقد صرح بعض فقهاء القانون المدني المصري بأن المقصود بنص المادة (٤١٩) هو :

^(١) cass 1^{ère}, civ, 4 mai 1994, Bull. civ. 1, n° 163 p 120., RTD Com, 1994, n° 6, p 768
., obs. B. BOULOC .

^(٢) cass 1^{ère}, civ, 18 mai 1989 . bull. civ. 1, n° 206, p. 137 .

^(٣) د/ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق فـ ٤١ صـ ٦٨ ، د/ عبد الوود يحيى المرجع السابق صـ ٤٩ .

د/ إسماعيل غانم المرجع السابق فـ ٥٠ صـ ٧٩ ، د/ خيس خضر المرجع السابق فـ ٢٨ صـ ٥٦ .

((أن يتم وصف المبيع للمشتري قبل أو عند التعاقد ، وصفاً يعينه على العلم به علمًا كافيًا كما يتطلب القاتون))^(١) .

فإذا لم يتحقق للمشتري العلم الكافي بالمبيع قبل وقت إبرام العقد ثبت له الحق في طلب الإبطال ، وإذا تحقق علم المشتري بعد إبرام العقد فإن هذا العلم اللاحق لا يسقط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع^(٢) . لأن العلم اللاحق لإبرام العقد لن يحقق الغاية التي توخاها المشرع من تقرير نظام العلم الكافي بالمبيع .

ويقوم الالتزام بالإعلام ويجب تنفيذه وقت إبرام العقد ، أي خلال الوقت الذي يتبادل فيه الطرفان التعبير عن الإرادة بقصد إنشاء العقد وبحيث يجب أن يدلى البائع للمشتري في هذا الوقت بكافة البيانات اللازمة لإثارة إرادته وإعلامها بتفاصيل العقد ، بحيث تسهم هذه البيانات في تكوين الرضاء النهائي بإبرام العقد^(٣) .

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن للزام البائع بإعلام المشتري بوجود قبل وقت إبرام العقد لمساعد المشتري على حسن اختيار الجهاز المبيع الملائم لحاجته ، كما يمتد بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه حتى يساعد في حسن سير عمل الجهاز^(٤) .

ومن جانبى أرى أن نظام العلم بالمبيع باعتباره حقاً للمشتري والتزاماً يقع على عاتق البائع يجب مراعاته وقت إبرام العقد وأثناء تنفيذه حتى يتحقق الغرض منه .

^(١) د/ جبل الشرفوى ، البيع والتقاينة المرجع السابق فـ ١٨ مـ ٤٠ .

^(٢) د/ حاتم الدين كامل الأهواى المرجع السابق فـ ١٢٣ مـ ٨٨ .

^(٣) د/ توبه محمد الصادق المهدى المرجع السابق ٢٨-٣٩ .

^(٤) ph . MALAURIE et LAYNÈS . op . cit , T VI , n° 636 , p 367 , et t V111 , n° 314 p 215 .

VINEY (G) la responsabilité ; Condition , op . cit , n° 502 , p 607 .

١٢٣ - رابعاً : من حيث الإثبات *la preuve* .

يتطلب النظام القانوني لإثبات العلم الكافي بالمبيع التعرض لإثبات أمرين :
الأول : إثبات وجود حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع .
الثاني : إثبات تحقق أو عدم تحقق علم المشتري بالمبيع .
وهذا ما نبينه فيما يلي :

١٢٤ - إثبات وجود حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع .

إثبات وجود الحق في العلم الكافي فإنه ينبغى التفرقة بين عبء الإثبات ومحل الإثبات .

- محبة الإثبات : *la charge de la preuve* -

وفقاً للقواعد العامة في الإثبات والمستفادة من نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري^(١) ، والمادة (١٣١٥) من التقنيين المدني الفرنسي فإنه يقع على عاتق المدعى بالحق في العلم الكافي بالمبيع إثبات وجود هذا الحق ، فإذا ادعى المشتري أن له الحق في العلم الكافي بالمبيع وأن البائع يلتزم بإعلامه به ، فإنه يقع على عاتق المشتري في هذه الحالة - بصفته الدائن بالالتزام بالإعلام - عبء إثبات وجود هذا الالتزام على عاتق البائع ، ثم يثبت بعد ذلك إخلاؤه به^(٢) .

ومن ثم ((فليس للمحكمة أن تنتظر إلى الألفة التي يقدمها المشتري ليثبت من خلالها تقصير البائع في إعلامه عن بعض المعطومات الجوهرية قبيل البيع ، إلا بعد أن تتحقق من وجود أدلة مقننة من جانب المشتري تبرهن

(١) نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري الجديد على أنه : ((على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه)) ، وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ، والصادر في ٣ ربيع الأول ١٣٨٨ هـ .

٢٠ مايو ١٩٦٨ م الجريدة الرسمية العدد ٢٢ الصادر في ٣٠ مايو ١٩٦٨ .

(٢) (Muriel) Fabre - magnan , thèse précitée , n° 538 , p 428 . (YVES) BOYER , thèse précitée , n° 314 , p . 432 .

على وجود التزام بالإعلام على علق البائع . نظراً لعلم المشتري مثلاً
بمثل هذه المعلومات ((^(١)).

محل الإثبات : l'objet de la preuve

محل أو موضوع إثبات وجود حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع
وقيام التزام على علق البائع بإعلامه ، يتمثل في إثبات وجود الشروط
والعناصر اللازم توافرها لقيام هذا الالتزام على علق البائع المدين به^(٢) .
ومن ثم يجب على المشتري باعتباره الدائن بالحق في العلم الكافي
بالمبيع ، أن يثبت أنه كان جاهلاً بحقيقة المبيع وكافة بياناته ومواصفاته
وأن جهله هذا كان مشروعاً له أسبابه ومبرراته الموضوعية أو
الشخصية التي حالت دون علمه بهذه البيانات ، أو الاستعلام عنها
بوسائله الخاصة^(٣) ، كما يجب أن يثبت علم البائع ببيانات ومواصفات
المبيع وبمدى أهميتها وتأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد ، ويتم إثبات
وجود الالتزام بالإعلام بكافة طرق الإثبات ، وليس فقط بواسطة اتفاق
مبرم كتابة بين الطرفين^(٤) .

١٢٥ - إثبات تحقق أو عدم تحقق علم المشتري بالمبيع :

إذا كان المبدأ العام في تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات
يقضى بأن ((كل من يتمسك بالثابت حكماً - أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً -
أو بالثابت فعلاً - حقيقة أو ضمناً - لا يقع عليه عبء الإثبات ، وإنما يقع
عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكماً أو فعلاً لأنه يدعى خلاف
الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب عليه إثبات ما

(١) د/ خالد جمال أحمد حسن ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، الرسالة السابقة ص - ٤٣٩ .

(٢) (Jean) ALISSE , thèse précitée , n° 204 , p . 183 .

(٣) (YVES) BOYER thèse précitée n° 314 . p 432 .

(٤) (Muriel) Fabre - magnan , thèse précitée n° 539 . p 429 .

يدعيه))^(١) ، فإنه بتطبيق هذا المبدأ على واقعة تحقق علم المشتري بالمبيع أو عدم تحققه ، نرى أن المشتري إذا ادعى أنه لم يعلم بالمبيع وقت العقد أو قبله علماً كافياً ، فإنه لا يكلف بإثبات ذلك لأن الظاهر بصدقه حيث تقوم قرينة على عدم علمه بالمبيع ، وهي أن المبيع لم يكن تحت يده بل كان في يد البائع قبل العقد ، ويكون على البائع إذا ادعى أن المشتري عالم بالمبيع أن يثبت ذلك .

ولكن إذا كان المبيع من الأشياء التي جرى الناس على معاينتها قبل الشراء ، فإن المشتري الذي يدعى أنه قد اشترى المبيع دون معاينة يلتزم بإثبات عدم علمه به^(٢) .

ويرى بعض الفقه المصري والفرنسي أنه نظراً لكون الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً بوسيلة - حسب الرأي الغالب في الفقه - فإنه يترتب على ذلك بأن يتحمل الدائن عبء إثبات إخلال مدينه بالتزامه بالإعلام وذلك بأن يثبت أن المدين لم ينفذ أصلاً التزامه بالإعلام ، أو أن تنفيذه له جاء ناقصاً لعدم كفاية المعلومات التي قدمها^(٣) .

ولا شك أن إثبات ذلك من جانب الدائن (المشتري) أمر سهل وبسيط لأن الظاهر يؤيد دعواه ، كما لو سلم البائع إلى المشتري المبيع بدون نشرة الاستخدام التي توضح طريقة استخدامه وتبين التحذيرات والاحتياطات

^(١) د/ عبد الرزاق أحد السهوري . الوسيط في شرح القانون المدني ، جـ ٢ النظرية العامة للالتزامات ، المجلد الأول . الإثبات ، فـ ٥٣ ص ١٠٥ طـ ١٩٨٢ دار النهضة العربية ، د/ أحمد نشأت رسالة الإثبات في المهدات جـ ١ ف ٣٦ و ٣٩ ص ٣٥٣ طـ ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م مطبعة الاعتماد بمصر .

^(٢) د/ محمد ليب شب ود/ مجدى صبحي خليل . المرجع السابق فـ ٤٦ ص ٧٦،٧٧ د/ سليمان مرقص عقد البيع المرجع السابق فـ ١٢٥ ص ٢٢٠ .

^(٣) F. collart et ph . Delebecque . op . cit ، n° 223 p 190 .

(Ahmed abdeali) ABOUKORIN ، thèse précitée P 278 .

د/ خالد جمال أحمد حسن الرسالة السابقة ص ٤٤١ .

الواجب مراعاتها لتجنب أخطاره مما ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمشتري ، فإنه يكفي أن يقوم المشتري بإثبات أن الضرر كان نتيجة لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام ، وهو ما تؤيده القرائن إذ لا شك في أن بيع السلعة بدون نشرة الاستخدام يعد قرينة على وجود خطأ فسي تنفيذ الالتزام بالإعلام والنصيحة الأمر الذي سبب إلحاق الضرر بالمشتري ، إذ الضرر يعد قرينة على وجود الخطأ الذي سببه^(١) .

وإذا ادعى المشتري أن وقوع للضرر كان بسبب عدم كفاية المعلومات كما لو كانت البيانات والمعلومات المدرجة في نشرة الاستخدام غير كافية فإنه يقع على عاتقه عبء إثبات توافر علاقة السببية بين الضرر الواقع والخطأ في تنفيذ الالتزام بالإعلام ، لعدم كفاية المعلومات^(٢) .

وإذا كان الظاهر يؤيد دعوى المشتري بعدم تحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع ، فإنه على البائع الذي يدعى خلاف الظاهر عبء إثبات ما يدعيه بحيث يلتزم بتقديم الأدلة التي تثبت تنفيذه للالتزام بالإعلام تمكينا للمشتري من استيفاء حقه في العلم الكافي بالمبيع ، وذلك عن طريق إثبات أمرين :

الأول ، إثبات أنه نقل البيانات والمعلومات الضرورية إلى المشتري .

إذا ادعى البائع أنه نفذ التزامه بالإعلام ، فإنه يجب عليه أن يقدم الدليل على أنه قام بنقل وإبلاغ المعلومات الكافية والملاءمة إلى الدائن (المشتري) ، حيث يعتبر للالتزام بنقل المعلومات في هذه الحالة التزاماً بتحقيق نتيجة ، فلا يستطيع التحلل منه ، إلا بإثبات قيامه بنقلها فعلاً إلى

^(١) F. collart et ph. Delebecque. Op. cit , n° 223 , p 190.

^(٢) Ahmed abdelali, ABOUKORIN, thèse précitée, p 278 .

Ahmed Abdelali ABOUKORIN . ibid . p 278 .

المشتري ، أو إثبات وجود السبب الأجنبي الذي حال دون تحقيق ذلك^(١).
الثاني ، إثبات أنه استخدم الوسائل الملائمة التي تساعد على فهم
وإدراك المعلومات من قبل الدائن (المشتري) .
لكي يعتبر أن المدين قد نفذ التزامه بالإعلام على الوجه الأكمل ، فإنه
يتحمل عبء إثبات أنه استخدم الوسائل الملائمة التي تساعد في نقل
المعلومات بفعالية كبيرة بما يمكن الدائن من تسلم وفهم هذه المعلومات ،
وإدراك حقيقة المبيع من خلالها ، كأن يستخدم المدين مثلاً فسي نشرة
الاستخدام عبارات وألفاظاً واضحة وبسيطة يسهل فهمها .
ولتزام المدين في هذه الحالة باستخدام الوسيلة الملائمة لإفهام الدائن
مضمون ما يقدمه إليه من بيانات ومطومات يعتبر التزاماً بوسيلة ، يكفي
في تنفيذه بذل عناية للشخص العادي^(٢) ، ويجوز للدائن إثبات أن المدين لم
يستخدم الوسيلة الملائمة أو الكافية لتيسير فهم المعلومات كأن يثبت أن
طريقة الاستخدام التي أرفقها البائع مع المبيع كانت غير كافية أو أن
التحذير من المخاطر المرفق بالمبيع لم يكن واضحاً بما فيه الكفاية ، وأنه
كان مكتوباً بألفاظ غامضة ، أو حروف صغيرة جداً^(٣) .
ويمتطع البائع أي يستند إلى إقرار المشتري بالعلم بالمبيع وقت العقد
ليثبت تحقق العلم الكافي لدى المشتري .

(1) (Muriel) Fabre – magnan . thèse précitée n° 544 p 431 .

F. collart , et ph . delecbeque , op – cit , n 233 , p 190

(Alain) Benabent , op . cit , n° 201 , p 125 .

(2) (Muriel) Fabre – Magnan . thèse précitée , n° 551 p 435 .

د/ خالد جمال أحمد حسن ، الرسالة السابقة ص ٤٤٣ .

(3) (Muriel) Fabre – Maguan ibid . n° 551 pp 435 et 436 .

فإذا أقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، ففي هذه الحالة لا يثبت له الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع وفقاً لنص المادة (٢/٤١٩) من القانون المدني المصري ، والتي تنص على أنه : ((إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تكليس البائع)) . وذلك لأن المشتري مؤخذ بإقراره فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع^(١) . ولكن النص يشترط ألا يكون صدور إقرار المشتري بعلمه بالمبيع نتيجة للتكليس الصادر من البائع ، كل أن يكون البائع قد أطلع المشتري على شيء وأوهمه كذباً أنه المبيع ، أو أن البائع قدم للمشتري عقوداً صورية عن ريع المبيع تجاوز الحقيقة ، وكل ذلك الوهم أو هذه العقود الصورية هي التي دفعت المشتري إلى الإقرار بعلمه بالمبيع^(٢) .

وإذا ادعى المشتري أن إقراره قد جاء نتيجة تكليس البائع ، فطعنه أن يثبت ذلك^(٣) ، فإذا استطاع المشتري أن يثبت ذلك ، فيكون له في هذه الحالة أن يتمسك بإبطال البيع .

^(١) د/ عبد الرزاق أحمد السهوري ، البيع والمقايضة ج٤ - ٦٥ - ١٢٣ و ١٢٤ هامش (١) . ويرى الدكتور مصطفى الزرقاء : ((أن إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع ليس من قبيل إسقاط حقه في الخيار قبل ثبوته بالرؤية : بل هو اعتراف منه بالحالة التي لا يثبت له معها خيار ، وهي حالة معرفته بالمبيع قبل العقد ، ليوافق مبدأ الاعتراف ولا يثبت له خيار ابتداء لا في نظر القانون ولا في نظر الشريعة)) . المرجع السابق ص ٦٣ هامش (٢) .

(٢) د/ جميل الشرفاوي ، البيع والمقايضة - ١٨ ص ٤١ ، د/ محمد ليث شنب ود/ مجدى صبحي خليل ، المرجع السابق - ٤٦ ص ٧٧ ، د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق - ٤١ ص ٧١ .

^(٣) منصور مصطفى منصور المرجع السابق - ٤١ ص ٧٠ .

ويلاحظ أن التدليس المقصود هنا لا يلزم أن تتوافر فيه شروط التدليس الذي نصت عليه المادة (١٢٥) مدنى مصرى ، بأن يكون قد ولى فسى ذهن المشتري غلطاً يدفعه إلى التعاقد ، بل يكفى أن يكون التدليس قد أدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم ، ولو لم يكن هو الذى أدى بالمشتري إلى التعاقد . كما لو دس البائع فى العقد عبارة أن المشتري عالم بالمبيع فوق المشتري العقد دون أن ينتبه إلى هذه العبارة ، فيكون للمشتري أن يطلب الإبطال ، بدعى عدم العلم الكافى فى حين أنه لا يجوز له فى هذه الحالة طلب الإبطال بدعى التدليس الدافع إلى التعاقد^(١) .

١٣٦ - طرق الإثبات :

لما كان تحقق العلم الكافى فى بالمبيع يعتبر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات^(٢) . فيستطيع الدائن ((المشتري)) أن يثبت وجود الحق له فى العلم الكافى ، وقيام التزام على عاتق المدين (البائع) بإعلامه ، بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك القرائن ، حيث يمكن للمشتري أن يستند إلى القرينة القاطعة *une présomption irréfragable* ، التى أقامها القضاء الفرنسى على علم البائع للمهني *le Vendeur professionnel* بالمعلومات الجوهرية التى تدخل فى اختصاصه بحكم مهنته ، كدليل على وجود الالتزام بالإعلام على عاتق البائع المدين به^(٣) . ويجوز للبائع المدين بالالتزام بالإعلام أن يثبت تنفيذه لالتزامه بكافة طرق الإثبات . ما لم يوجب عليه القتون إتباع طريق معين فى الإثبات ولا شك أن الإثبات عن طريق الكتابة ، سيكون الطريقة الأكثر فعالية^(٤) .

(١) د/إسماعيل غانم المرجع السابق لـ ٥١ مـ ٨١ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق لـ ٢٦ مـ ٣٩ .

(٣) J. Ghestin , Les obligation , op . cit , n° 491 , p 539 . (J) Ghestin et (B) DESCHÉ , la vente , op . cit , n° 134 p 145 .

(٤) (J) G hestin et (B) DESCHÉ , ibid , n°869 p 925 .

(Muniel) Fabre , magnan , thèse précitée , n°555 , p 437 .

١٢٧ - خامساً : من حيث العقود .

نظام العلم الكافي نشأ في عقد البيع ، والذي يعتبر النموذج المثالي لكافة العقود ، حيث استلزم المشرع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً بمقتضى نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، وقد نادى الفقهاء والقضاء الفرنسيين وساندهما التشريع بتقرير التزام على عاتق البائع بإعلام المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع ، ثم امتد بعد ذلك إلى غيره من العقود^(١) .

ففى عقد الإيجار يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله حسب المادة (٥٨٥) مدنى مصرى ، والمسادة (١٧٦٨) مدنى فرنسى ، وفى عقد الوكالة يجب ((على الوكيل أن يوافق الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حساباً عنها)) ، حسب المادة (٧٠٥) مدنى مصرى ، والمادة (١٩٩٣) مدنى فرنسى ، وفى عقد التأمين يجب على المصنم إعلام المؤمن عن الوقائع الطارئة أثناء تنفيذ العقد ، والتي تؤثر فى تفاقم المخاطر ، وفى عقد العمل يجب على رب العمل ، تقديم معلومات معينة إلى العامل ، وإلى وكلاء رب العمل وممثليه^(٢) .

إلا أن نظام العلم الكافى وما يقرره من التزام بالإعلام ، يظهر بصفة خاصة وبدرجة كبيرة فى عقدى البيع والإيجار^(٣) .

^(١) (ph) MALAURIE et (L) AYNÈS , op . cit , t V111 , no 309 , p 212 .

^(٢) (YVES) picod , op . cit , n° 96 , pp 113 et 114 .

^(٣) (B) GROSS . thèse précitée , n°217 , p 207 .

د/ نزيه محمد الصادق الهدي ، المرجع السابق ص ٨٥ .

د/ أحمد محمد عبد الرزاق ، الرسالة السابقة ص ١٤٣ .

المطلب الثاني

نطاق العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

نتناول بيان نطاق العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي من حيث الأشخاص والأشياء والزمان والإثبات والعقود.

- أولاً : من حيث الأشخاص .

١٢٨- الاتفاق على ثبوت الحق في العلم بالمبيع للمشتري:

اتفق الفقهاء القائلون بخيار الرؤية ، على أن المشتري يجب أن يكون عالماً بالمبيع ، وإلا ثبت له الحق في خيار الرؤية إذا توافرت شروطه وذلك تمسكاً منهم بنص الحديث الذي أثبت الخيار لمن اشترى لا لمن باع^(١) وبذلك فإن المشتري هو الدائن بالحق في العلم بالمبيع . وكما يثبت الحق في العلم بالمبيع للمشتري فإنه يثبت كذلك لوكيل المشتري .

١٢٩- رؤية الوكيل :

يفرق الفقه الإسلامي بين رؤية الوكيل بالشراء ورؤية الوكيل بالقبض ، فإذا كان وكيل المشتري موكلًا بالشراء ، فيما أن يوكل في شراء شيء معين ، أو شيء غير معين . فإن وكل في شراء شيء غير معين فرويته كروية الأصل في سقوط الخيار إجماعاً أيضاً^(٢) وأما إن كان وكيل

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦١ ، فتح القدير ج٥ ص ١٢٧ ، بين الحقائق ج٤ ص ٢٥ ، المسوط للرخسى ج١٣ ص ٧٩ ، الناج المذهب للنعنى ج٤ ص ٣٩٧ ، مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٠٠) ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة الرسالة السابقة ٤٠١ ، د/ عبد المجيد مطلوب البحث السابق ص ٤٩٦ و٤٩٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧ ، رد مختار ج٤ ص ١٠٣ و ١٠٤ شرح فتح القدير ج٥ ص ١٤٣ ، د/ محمد علي الديب رسالة البيع على مذهب الإمام أبي حنيفة ذكره من جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون ، مخطوطة ص ٧١ .

المشتري موكلاً بقبض المبيع بعد أن اشتراه الموكل من غير أن يراه ، فقد اختلف للفقهاء الإسلامى فى رؤية الوكيل بالقبض على رأيين .

الرأى الأول : وبه قال الإمام أبو حنيفة أن رؤية الوكيل بالقبض تقتضى عن رؤية الأصل ، وتسقط الخيار الذى للموكل ، ومن ثم فلا فرق بينه وبين الوكيل بالشراء ، فى خصوص الرؤية فلو تسلم الوكيل بالقبض العين التى وكل فى استلامها بعد أن رآها سقط حق الأصل فى الخيار ، لأن القبض بعد الرؤية مشعر بالرضاء إذا كان القبض أصيلاً ، فكذا يكون الحكم إذا كان وكلاً^(١) .

وقد استدل الإمام أبو حنيفة على ما ذهب إليه بالمعقول ومفاده :
' أن المشتري وكل نائبه بالقبض وأقله مقام نفسه فيه ، والقبض على نوعين قبض تام ، وهو أن يقبضه وهو يراه ، وناقص وهو أن يقبضه مستوراً ، لأنه إذا قبضه مستوراً فخير له باقى على حاله حتى يراه ، ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار ، فكان ناقصاً ، والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل ، وإذا قبضه مستوراً انتهت الوكالة بالقبض الناقص ، فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك ، لكونه أجنبياً بعد انتهاء الوكالة^(٢) .

كما أن الوكيل يتسلم المبيع مفوض بأن يتسلم الشيء تسليماً تاماً والتسليم التام لا يتحقق إلا بالرؤية ، والسبب فى ذلك أن التوكيل بالقبض مطلق ، وبسبب هذا الإطلاق ملك الوكيل القبض ، بنوعيه التام وهو المقترن بالرؤية ، والناقص وهو القبض المستور^(٣) .

(١) بين الحقائق جـ ٢٨ ، فتح القدير جـ ١٤٥ .

(٢) بين الحقائق جـ ٢٨ شرح فتح القدير جـ ١٤٥ ، رد المحتار جـ ١٠٤ ، بدائع الصالح جـ ٧ ، ٣٣٧ .

(٣) د/ عبد الله عبد الله محمد العلى ، أحكام الخيارات فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المسمى ، رسالة دكتوراه - ٢٤٤ - ٤٥٤ كلية الحقوق جامعة عين شمس ط ١٩٨٨ م .

الرأي الثاني : ذهب إليه صاحبان ، وهو أن رؤية الوكيل بالقبض لا تسقط خيار الموكل ، واستدلا بالمعقول وهو أنه وكل بالقبض فقط دون إسقاط الخيار والقبض شيء والرؤية شيء آخر ، إذ لا يقتضى التوكيل فى القبض التوكيل فى الرؤية ، ولذلك يجب على الوكيل أن يتصرف فى حدود ما وكل به ، وهو القبض دون أن يتعداه إلى غيره ، فباتتهاله (أى القبض) يتم ما وكل فيه ، فلا يملك ما لم يوكل به (أى الرؤية) فتبقى الرؤية حقاً للموكل فقط^(١).

- كما استدلا بالقياس على خيار الشرط وخيار العيب فإذا اشترى شخص شيئاً بشرط الخيار ، ثم وكل عنه وكيلًا فى قبضه ، فلا يسقط خيار المشتري بقبض الوكيل ، وفى خيار العيب إن وكل المشتري وكيلًا بقبض ما اشتراه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه فلا يسقط خيار العيب للموكل^(٢) وذلك بخلاف رؤية الرسول^(٣) .

١٣٠- رؤية الرسول :

اتفق الفقهاء على أن رؤية رسول المشتري لا تسقط حق المشتري فى خيار الرؤية ومواء أرسله المشتري لشراء المبيع ، أو لقبضه ومواء قبضه ظاهراً أو مستوراً ، إذا للرسول لا يملك إسقاط خيار الرؤية ولا تكون رؤيته مغنية عن رؤية المرسل ، ويثبت الخيار للمرسل إذا لم يره^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧ شرح العناية على الهداية وفتح القدير ج٥ ص ١٤٥ ، د/ حسن الزبون نظرية الفسخ الرسالة السابقة ص ١٤٥ ، الشيخ محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ص ٤٠ ط ١٩٧٧م دار الفكر العربى .

(٢) تبين الحقائق ج٣ ص ٢٨ ، فتح القدير ج٥ ص ١٤٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ١٤٦ ، البحر الزخار ج٤ ص ٣٥٢ .

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧ و ٣٣٧١ رد المختار ج٤ ص ١٠٤ ، تبين الحقائق ج٤ ص ٢٨ ، فتح القدير ج٥ ص ١٤٦ ، البحر الزخار ج٤ ص ٣٥٢ .

والفرق بين التوكيل والإرسال أن يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض وفي الإرسال كن رسولى فيه ، أو امرتك بقبضه^(١).

١٣١- الخلاف حول ثبوت حق الخيار للبائع:

إذا باع شخص ما لم يره ، كما لو ورث شخص شيئاً من الأعيان فسي بلد بعيد ، فباعه قبل أن يتمكن من رؤيته ، فقد اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الرؤية له على رأيين:

الرأى الأول : يذهب إلى أنه ليس للبائع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره، وهو مذهب الأحناف ، فقد ذكروا أن هذا آخر القولين عن الإمام أبى حنيفة فقد كان يقول أولاً بثبوت الخيار أيضاً ، ثم رجع وقال العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط^(٢).

واستدل أصحاب هذا الرأى بما يلى :

١- أن ثبوت الخيار في الحديث جاء مطلقاً بالبراء ، بما يفيد قصوره على المشتري ، فلا يثبت دونه^(٣).

٢- الإجماع السكوتي من الصحابة على ثبوت الخيار للمشتري دون البائع وهذا الإجماع يستفاد من خبر عثمان وطلحة ، فقد أخرج الطحاوى والبيهقى عن علقمة بن أبى وقاص ، أن طلحة رضى الله تعالى عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا (أرضاً) ففيل لعثمان إنك قد غبت . فقال عثمان لى الخيار ، لأنى بعث ما لم أره ، وقال طلحة لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنه ففضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان^(٤).

^(١) تبين الحقائق جـ ٢ ص ٢٨.

^(٢) شرح الحاشية على الحاشية وفتح القدير جـ ١٤٠ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص ٢٥.

^(٣) بدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣٦ ، فتح القدير جـ ١٤٠.

^(٤) شرح فتح القدير جـ ١٤٠.

والظاهر في مثل هذه القضية أن تشتهر بين الصحابة، لأن قضية يختلف فيها رجلان كبيران من الصحابة، إلى أن يحكما غيرهما، لابد أن ينتشر خبرها، فحين حكم جبير بالخيار لطلحة وهو المشتري، ولم يرد عن أحد من الصحابة خلافة، كان ذلك إجماعاً سكوتياً منهم^(١).

الرأي الثاني: يذهب إلى ثبوت خيار الرؤية للبائع أيضاً، وهو القول المرجوح عنه للإمام أبي حنيفة، والقول القديم للإمام الشافعي ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد، وذلك على افتراض الأخذ بخيار الرؤية عند الشافعية وقد صححوا عدم الأخذ به^(٢). واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- ١- القياس على المشتري. فإذا كان المشتري قد ثبت له خيار الرؤية لجهله بالمعقود عليه، فكذلك البائع يثبت له خيار الرؤية لأنه جاهل بصفة المعقود عليه، خاصة وأنه يشترط في لزوم البيع تمام الرضا من كلا المتبايعين، والرضا لا يتم إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية، فما لم تحصل الرؤية فإن البائع لا يتم رضاه بزوال المبيع عن ملكه^(٣).
- وقد نوقش هذا الدليل بأنه: لا يصح قياس البائع على المشتري، لأن حاجة البائع إلى خيار الرؤية ليست ظاهرة، لأنه أكثر مقدرة من المشتري على العلم بالمبيع، لكونه في يده أو تحت تصرفه، فعدم رؤيته له يعد تقصيراً منه، أي إسقاطاً لحقه. فلا يجري القياس على المشتري

(١) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٤٤ - ١٤١ د/ ياسين أحمد إبراهيم درادكه الفرز وأثره في العقود في الفقه الإسلامي الرسالة السابقة ص ٣٣١.

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٤٠، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٣٢٢ الشرح الكبير والمفني ج٤ ص ٨٠، ٢٦ الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ج٢ ص ٦٣.

(٣) شرح العناية على المغاية، وفتح القدير ج٥ ص ١٤٠، المفني مع الشرح الكبير ج٤ ص ٨١ د/ الصديق عماد الأمين الضريح الفرز وأثره في العقود. الرسالة السابقة ص ٤٢٤.

فى هذه الحالة ، لأن المشتري ثبت له الخيار لتوقعه أن ما لم يره خير مما ظنه ، فهو بمنزلة من يشتري الشيء على أنه جيد فإذا هو ردى ، أما البائع فحالته العكس ، كمن باع ما ظنه رديئاً فإذا هو جديد ، أو باع على أن الشيء معيب ، فإذا هو سليم ، ومن المقرر أنه لا خيار له فسى تلك الحال فذلك هنا ، ثم إن تمام الرضا باعتبار علم العاقد إنما يحتاج إليه لما يدخل فى الملك ، لا لما يخرج منه والمبيع يخرج عن ملك البائع ، والذي يدخل فى ملكه إنما هو الثمن ، وهو مسمى معلوم^(١).

٢- القياس على خيار العيب وخيار الشرط فكما ثبت خيار العيب وخيار الشرط للمشتري والبائع على السواء فكذلك ثبت خيار الرؤية للمشتري والبائع معاً^(٢).

- وقد نوقش هذا الدليل بأن : القياس على خيار العيب وخيار الشرط ليس سابقاً ، لأحدهما معدول بهما عن القياس ، الذى مقتضاه لزوم العقد وما كان ثابتاً على خلاف القياس ، لا يجوز للقياس عليه^(٣). ومن جانبى أريد رأى القائل بعدم ثبوت خيار الرؤية للبائع لقوة ألتنه . كما أن الأخذ به يحقق العدالة العقدية والتوازن العقدى . حيث أظهر التقدم الاقتصادى والتكنولوجى المعاصر أن البائع يكون فى مركز أقوى من المشتري ، حيث يملك الوسائل التى تمكنه من الوقوف على حقيقة الأشياء ، التى يقوم ببيعها بعكس المشتري ، فإذا ثبت جهل المشتري بمواصفات المبيع فى حين كان البائع عالماً بها ، فإنه يقوم التزام على عاتق البائع بإعلام المشتري بمواصفات وبيانات المبيع فى هذه الحالة .

(١) بدائع الصانع ج٧ ص٣٦١ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غده ، الحيايات وأثرها فى الصفات الرسالة السابقة ص٤٠.

(٢) شرح العناية على الهداية وفتح القدير ج٥ ص١٤٠.

(٣) د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غده الرسالة السابقة ص٤٠٧.

١٣٣- المصحين بالالتزام بالإعلام في الفقه الإسلامي:

يقع الالتزام بالإعلام على عاتق كل بائع سواء أكان منتجاً أو بائعاً موزعاً (تاجراً وسيطاً) فالمنتج الذي يقوم بصناعة السلعة يكون مسئولاً شرعاً عن بيان ما في السلعة من عيوب مسئولية مباشرة ، والتاجر الوسيط الذي يتعامل مع المستهلك ، يكون مسئولاً أيضاً عن كل عيوب السلعة إذ هو بدوره مأمور شرعاً بأن يبين ما في السلعة من عيوب^(١). وقد ذهب فقهاء الشافعية إلى إلزام البائع بإعلام المشتري بعيوب المبيع حتى ولو كان البائع نفسه لا يعطها كلما كان في استطاعته الاستعلام عنها واستكشافها ، فتركه لذلك يعتبر تغريطاً منه لا يمنع من تعرضه للآثم بسببه^(٢).

وجوب الإعلام بالعيوب لا يقتصر على البائع ، بل يمتد إلى كل من علم بالعيوب لحديث وائلة ، والقصة المروية بأنه فعل ذلك حين كتم البائع العيب، وللأحاديث الأخرى الواردة في وجوب النصيح ، وقد صرح بذلك من الشافعية الشيرازي وابن عسرون والنووي وقال السبكي ذلك مما لا أظن فيه خلافاً^(٣).

وبذلك يجب على الأجنبي - غير المتعاقد - الذي يعط عيوب المبيع إعلام المشتري بها ويتأكد وجوب الإعلام على الأجنبي إذا كان يعط العيب دون البائع نفسه ، أما إن كان يعطه معاً فالوجوب حيث يعط أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعط المشتري به ، أما إن علم قيلم البائع بذلك أو غلب على ظنه أن يقوم بذلك لتدينه ، فهناك احتمالان . أحدهما : عدم الوجوب

^(١) د/ يوسف قاسم البحث السابق ص ٦-٧.

^(٢) المجموع شرح المهذب ج ١٢ ص ١١١.

^(٣) المجموع شرح المهذب ج ١٢ ص ١١٧.

خشية إغفار صدر البائع لتوهمه سوء الظن به ، والثلاثى : وجوب الاستفسار من المشتري هل أعلمه البائع بالعيب؟^(١) .
وهكذا فإن الشريعة الإسلامية أوجبت على المستهلكين أن ينصح بعضهم بعضاً ، بحيث يتعاون جميع الناس على رفع الظلم والبعد عن الغش والخداع^(٢) .

١٣٢- ثانياً: من حيث الأشياء :

تختلف الرؤية المعبرة فى الفقه الإسلامى باختلاف الأشياء وما إذا كانت قديمة أو مثلية ، حيث يجرى خيار الرؤية فى الأشياء القيمة والأشياء المثلية المعينة ، لأنها بمنزلة الأعيان ، أما إذا كان للمبيع شيئا موصوفاً فى النمة فهو دين ، ولا يجرى فى العقد عليه خيار الرؤية لأنه مختص بالأعيان^(٣) .

ويكفى رؤية بعض المتلى أو واحداً منه ، كرؤية وجه صبرة قمح مثلاً ورؤية أعلى المائعات ، والطعام فى رأس وعقله ، أو رؤية جوزة ، أو ثوب من أثواب لا تتفلوت ، فإذا رأى المشتري ذلك ورضى به سقط خياره ، إلا إذا كان الباقى لردأ مما رأى ، فيحنثذ يكون له الخيار ، وهو هنا خيار العيب فى رأى الحنفية^(٤) .

وعند غير الحنفية يثبت فى هذه الحالة خيار يسمى خيار الخلف فى الوصف ، وهو أقرب إلى خيار الرؤية فى الأثر العلمى لعدم حاجته إلى ضابط العيب المعبر فى خيار العيب^(٥) .

^(١) د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة الرسالة السابقة ص ٢٥٣ ، الموسوعة الفقهية ، الجزء العشرون ص ١١٦ .

^(٢) د/ يوسف قاسم . البحث السابق ص ٧ .

^(٣) الموسوعة الفقهية الجزء العشرون ص ٦٦ .

^(٤) رد مختار على الدر المختار ج ٤ ص ١٠٣ و ١٠٤ .

^(٥) كشف القناع ج ٣ ص ١٦٤ ، د/ عبد الستار أبو غدة ، الرسالة السابقة ص ٣٩١ .

وفي الأشياء القيمة المتفاوتة فلا بد من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد أو رؤية ذلك من كل واحد منها إذا كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء ، كعدة دواب مثلاً ، لأن رؤية إحداها لا يقضى عن رؤية الباقي ، لما يمكن أن يكون بينها من تفاوت^(١).

فمثلاً : إذا كان المبيع داراً للسكنى فإنه يجب رؤية كل الدار داخلها وخارجها ، لأن الدور تتفاوت بكثرة المرافق وقتتها من مكان إلى مكان ، ومن زمان إلى زمان ، فلا تنفيذ رؤية الخارج العلم بالداخل ، ويجب مراعاة ما يقضى به العرف في ذلك . وإذا كانت العين المباعة أشجاراً في بستان وجب رؤيتها بكاملها ، بما يتفق والمقصود منها^(٢) .
ويتسع نطاق العلم بالمبيع إذا كان محل التعاقد أشياء خطيرة .

١٣٤- الأشياء الخطرة هي الفقه الإسلامي،

يفرق الفقه الإسلامي بين الأشياء الخطرة والأشياء غير الخطرة ، حيث يجب على صاحب الشيء الخطر أخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب أخطاره وإلا وجب عليه الضمان.

واستدل الفقهاء بما روى عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا ، ومعه نبل فليمسك على نصلها ، أو قال : فليقبض بكفه أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء"^(٣).

(١) شرح العناية على الهداية ج٥ ص٤٢٢.

(٢) بدائع الصانع ج٧ ص٣٦٦ ، فتح القدير ج٥ ص١٤٤ البحر الزخار ج٤ ص٣٥٧.

(٣) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان - البخاري ومسلم - ج٣ ص٧٠٨ الحديث رقم (١٦٨٠) ، ط

الثانية دار الصفا للطباعة والنشر والتوزيع بالبردة ١٤١٣هـ - ١٩٩٢ م .

فالمبيعات الخطرة من الحيوان ، أو الأشياء ، كالنبال والبناق ، وكل ما يمكن أن يلحق ضرراً بالإنسان من المصنوعات الحديثة ، لابد أن تحاط بالحفظ والحيلة والرعاية ، فإذا فرط صاحبها في حفظها أو قصر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وجب عليه ضمان ما أتلفته^(١).

ومن الأشياء التي تعتبر خطرة بطبيعتها النبال والمسهام والرماح والسيوف والخناجر والمنجنيق والذبابات وغيرها من الأدوات والأسلحة الحربية. وقد بين للفقهاء شروط استخدامها والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند حفظها وصيقتها^(٢).

وإذا كان المبيع من الأشياء الخطرة على هذا النحو ، فإنه يجب على البائع أن يعلم المشتري بخصائصه ومواصفاته ، وأن يبين له طرق وشروط استعماله ، والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستعمال أو الحفظ والصيانة ، وذلك لمنع وصول الضرر إلى المشتري فإذا قصر البائع في ذلك ، كان ضامناً لما يلحق المشتري من أضرار ، في النفس أو المال ، ولذلك لم يجز للإمام مالك بيع السلاح في جرابه حتى ينظر إلى ما في جرابها^(٣) لأنه من الأشياء الخطرة التي يجب أن يعتنيها المشتري ويعلم بها قبل العقد.

(١) د/ محمد عياشي حسن أبو زيد . المسؤولية الضمنية في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه - ٣٥١ ط.

١٩٨٨ م كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر .

(٢) كتاب الحرف والصناعات في الحجاز في عصر الرسول ﷺ ص ٢١٣-٢٢٣ الطبعة الأولى ، ١٩٨٥ م تليف عبد العزيز بن إبراهيم العمري ، مركز التراث الشعبي لدول الخليج العربية . كتاب الخراف الإدارية والمعاملات والصناعات والمناجر ، للشيخ محمد القاسي الجزء الأول ص ٣٧٣-٣٧٥ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١١٧.

وإذا كان المبيع من الأشياء الجديدة والحديثة الابتكار ، أو من الأشياء الدقيقة والمعقدة الاستعمال ، فإنه يجب على البائع - وفقاً للمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ، والتي توجب التعاون والتناصح بين المسلمين - أن يعلم المشتري بمواصفات المبيع وطريقة استعماله ، بما ييسر له حسن الانتفاع به ويجنبه أضراره ، خاصة وأنه يفترض جهل المشتري بمثل هذه الأشياء الجديدة ، أو ذات التقنية العالية والمعقدة.

١٣٥- ثالثاً : من حيث الزمان (وقت الرؤية)

اتفق الفقهاء على أن رؤية المبيع يجب أن تتم وقت العقد ، بحيث تكون مقارنة له لا تتأخر عنه^(١) فإذا كانت الرؤية لاحقة على البيع ، فإنه لا يتحقق بها شرط العلم ، ومن ثم لا يسقط حتى المشتري في الخيار . أما إذا كانت رؤية المبيع سابقة على إبرام العقد ، فقد اختلف الفقهاء في مدى كفايتها لتحقيق شرط العلم بالمبيع على رأيين:

^(١) رد المحتار ج٤ ص ٩٧ ، شرح العناية وفقه القدير على الهداية ج٥ ص ١٤٩ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج٢ ص ١١٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٤٤ ، المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢٨٩ ، الشرح الكبير على من المفتح مع المفتي ج٤ ص ٢٧ كشف القناع عن من الإقناع ج٣ ص ١٦٣ شرح منتهى الإيرادات ج٢ ص ١٤٦ .

الرأي الأول : يذهب إلى أن رؤية المبيع السابقة على العقد لا تكفى لتحقيق شرط العلم بالمبيع بل لابد أن يرى المشتري المبيع حال العقد . لأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح ، وقد حكى هذا عن أبى القاسم الأنماطى من الشافعية ، وروى عن الإمام أحمد ، كما حكى عن الحكم وحمد^(١).

الرأي الثانى : يذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ، تكفى الرؤية المتقدمة على العقد لتحقيق شرط العلم بالمبيع ، لأن الرؤية تتراد للعلم بالمبيع ، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة^(٢) ، ولكنهم اشترطوا لذلك توافر أمرين :

الأول : علم المشتري عند العقد أن المبيع هو الذى رآه قبل العقد ، فإذا اشترى شخص ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن هذا الثوب الذى اشتراه ، هو الذى سبق أن رآه من قبل ، فيثبت له الخيار حينئذ لعدم

(١) المجموع شرح المهلب ج٩ ص٢٨٩ ، الشرح الكبير مع ألفى ج٤ ص٢٧ .

أبو القاسم الأنماطى ، هو : أبو القاسم عثمان بن سعيد الأحول الأنماطى من كبار الشافعية ، كان السبب في نشاط الناس في كتب الشافعية بفتحها وتحفظها . تولى سنة ٢٨٨ هـ ثمان وثمانين ومائتين وجميع : طبقات الشافعية ج٢ ص٥٧٢ الفكر السامى ج٢ ص١٢٦ .

والحكم هو : أبو عبد الله الحكم بن عتبة الكندى . أحد الأعلام ، ثقة ثبت ، من فقهاء أصحاب إبراهيم بن يزيد النخعى ، صاحب سنة واتباع كان من الموالى ، تولى سنة ١١٥ حتى عشرة ومائة هجرية .

راجع : قليب التهذيب ج٢ ص٤٣٤ ، الفكر السامى ج١ ص٣٠٠ .

وحامد ، هو : حماد بن أبى سليمان الكوفى ، أحد الأئمة الفقهاء سمع أنس بن مالك رضى الله عنه وثقه على إبراهيم النخعى ، وعليه ثقة أبو حنيفة ، وعليه تخرج ، وبه انطع ، تولى رحمه الله سنة ١٢٠ هـ .

راجع : الجواهر المضية ص٢٢٦ ، ميزان الاعتدال ج١ ص٥٩٥ .

(٢) شرح العناية وفتح القدير على الهداية ج٥ ص١٤٩ ، حاشية السوفى على الشرح الكبير ج٢ ص٤٤ ، بداية المجتهد ج٢ ص١١٧ المجموع شرح المهلب ج٩ ص٢٨٩ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص٣٦٩ الشرح الكبير على متن المتن ج٤ ص٢٧ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص١٤٦ .

الرضا ، لأنه إذا كان علة انتفاء ثبوت الخيل هو العلم بأوصاف المبيع لكن شرط البيع الرضا به^(١).

الثاني : بقاء المبيع عند العقد على الصفة والحالة التي كان عليها عند رؤية المشتري له قبل العقد ، بأن كانت المدة الفاصلة بين الرؤية والعقد ، قصيرة لا يتغير المبيع خلالها عادة . أو أن نوع المبيع من الأشياء التي لا تتغير بسرعة ، كالأرض والأثاث والحديد والنحاس ، ونحو ذلك ، فإذا رآه ثم اشتراه بعد ذلك من غير أن يراه مرة أخرى فإنه يصح^(٢) ، فإذا وجد المشتري المبيع بحاله لم يتغير لزمه البيع ، وإن كان ناقصاً ثبت له الخيل ، لأن ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا فسي التغير فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأن البائع يدعى عليه علمه بصفة المبيع ، وهو ينكر ذلك ، ولأن المشتري يلزمه الثمن ، فلا يلزمه ما لم يعترف به^(٣).

وقيل أن القول قول البائع مع يمينه لأن دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد ، وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع ، دعوى أمر حادث بعده ، والأصل عدمه فلا تقبل إلا ببينه^(٤).

والمقصود بالتغير هنا هو نقص بعض صفات المبيع ، أما إذا كان المبيع من الأشياء التي لا تبقى على حالها كالفاكهة والطعام الذي يسرع فساده

(١) شرح العناية على الهداية ، وشرح فتح القدير ج٥ ص١٤٩.

(٢) بداية الجهد ج٢ ص١١٧ ، المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢٨٩ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٣ ص٣٦٩ ، الشرح الكبير على من القنع مع المفتي ج٤ ص٢٧ ، عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة للمعاملات ج٢ ص٢١٥ ط. دار الفكر بيروت لبنان .

(٣) المجموع ج٩ ص٢٨٩ روضة الطالبين ج٣ ص٢٧٠ كشف القناع ج٣ ص١٦٥ الشرح الكبير مع المفتي ج٤ ص٢٧.

(٤) شرح العناية على الهداية ، وفتح القدير ج٥ ص١٤٩.

فإنه إذا رآه ثم أراد شراءه بعد مضي زمن يتغير فيه مثله غالباً فإنه لا يصح^(١).

ومن ثم فإنه يجب على البائع إعلام المشتري بمواصفات المبيع وما قد يعثره من عيوب قبل إبرام العقد ، كما يجب على الأجنبي الذي يعلم بعيوب المبيع إخبار المشتري بها قبل إبرام العقد ، فإن لم يكن الأجنبي حاضراً، ولم يتيسر له فعهده ليتمكن المشتري من الرد بالعيب^(٢).

١٣٦- رابعاً : من حيث الإثبات :

فيما يتعلق بإثبات تحقق ، أو عدم تحقق العلم بالمبيع ، سلك الفقهاء مذاهب مختلفة.

فذهب الأحناف إلى أنه إذا اختلف البائع والمشتري في تحقق شرط العلم بالمبيع (أي حصول الرؤية) بأن قال البائع للمشتري أنت رايت المبيع ، وقت الشراء ، وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لأن البائع يدعى أمراً عارضاً ، هو العلم بصفات المبيع والمشتري منكر فالقول له ولأن عدم الرؤية أصل ، والرؤية عارض فكان الظاهر شاهداً فكان القول قوله مع يمينه ، ولأن البائع بدعوى الرؤية يدعى عليه إلزام العقد والمشتري ينكر ، فكان القول قوله^(٣).

والأصل عند المالكية أن المتبايعين محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، فإذا إبرام عقد البيع وقد عرف المتبايعان الثمن والمثمنون، ونكر ذلك في الوثيقة المثبتة للعقد ، ثم ادعى بعد ذلك أحدهما جهله بالمبيع لم يصدق في دعواه، إلا أن يدعى علم صاحبه بجهله على وجه يمكن -

(١) روضة الطالبين ج٣ ص٣٧٠ ، الفقه على المذاهب الأربعة للمعاملات ج٢ ص٢١٥.

(٢) المجموع شرح المهذب ج١٢ ص١١٨ ، الموسوعة الفقهية ج٢٠ ص١١٦ د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غله . الرسالة السابقة ص٢٥٤.

(٣) بدائع الصالحات ج٧ ص٢٣٦٣ ، شرح العناية على الهداية وفتح القدير ج٥ ص١٥٠ .

بل أن كلت القرائن تدل على صدق دعوى مدعى الجهل بأنه لم ير المبيع - فتجب اليمين على المدعى عليه أنه ما علم بجهله، فإن نكل ورد اليمين على المدعى، حلف المدعى أنه قد جهل ما باعه، أو ابتاعه ويفسخ البيع^(١).

وذهب فقهاء الشافعية إلى أنه إذا لم تشترط الرؤية في بيع الغائب، ووقع الخلاف بين البائع والمشتري في حصول الرؤية، فقال البائع للمشتري أنت رأيت المبيع فلا خير لك فأنكر المشتري، فوجهان: أحدهما يصدق للمشتري بيمينه، والثاني يصدق البائع، وإن كانت الرؤية مشروطة فليختلفا! فقال الغزالي في الفتاوى: القول قول البائع لأن إقدام المشتري على العقد اعتراف بصحته، والأصل صحة العقد، فيكون القول لمدعى الصحة، وهو الأصح. وقيل إن القول لمدعى الفساد^(٢).

١٣٧- خامساً : من حيث العقود:

الأصل أن شرط العلم بمحل العقد، وخيار الرؤية الذي يثبت عند عدم تحقق هذا الشرط، إما يقتصر على عقد البيع، لورود الدليل به، إلا أن الفقه الإسلامي وسع في نطاق هذا الشرط، بحيث يشمل عقوداً أخرى يثبت فيها للعائد خيار الرؤية إذا لم يكن عالماً بمحل العقد وتتمثل هذه العقود فيما يلي :

- ١ - عقد البيع : والمقصود به عقد الشراء لأن الخيار فيه يثبت للمشتري وحده دون البائع، لأن العقد من وجهته شراء^(٣).

(١) مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص ٢٧٧، حاشية العلوي على شرح الخري ج٥ ص ٢٢.

(٢) المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٢٩٤.

(٣) رد المختار ج٤ ص ٩٦، د/ عبد الستار أبو غدة الرسالة السابقة ص ٤٠٤.

ويجب أن يكون المبيع عيناً مشخصة أى من الأعيان التى تتعين بالتعيين لا الديون التى تثبت فى الذمم ، كما إذا اشترى مقداراً معيناً من الحنطة غالباً عنه ، على أن يتسلمه بعد العقد ، أما إذا اشتراه على أن يكون ديناً فى ذمة البائع ، فإنه لا يثبت فيه خيار للرؤية ، لكن إذا كان رأس مال السلم (الثمن) عيناً مشخصة ، لم تكن حاضرة عند إبرام العقد فى المجلس نفسه لتسلم ، كان للمسلم إليه حينئذ الخيار إذا رآها ، إن شاء أخذها وإن شاء ترك^(١).

٢ - لمحدد الإجارة ، إذا كلفت الإجارة واردة على عين من الأعيان ، كما لو استأجر شخص داراً معينة ، أو أرضاً محددة ، ولم يرها عند إبرام العقد ، كان له الخيار فى ردها عند رؤيتها^(٢) فمثلاً : إذا استأجر شخص أرضاً زراعية غالبية ، وقد وصفها المؤجر بما يميزها عن غيرها ، فالعقد صحيح ويثبت للمستأجر - عند رؤيتها - حتى خيار الرؤية ، فيجوز له أن يفسخ العقد ، أو يبقيه ، ويشهد لثبوت هذا الحق له أن الحاجة داعية إلى ثبوته فى الإجارة ، كما دعت إلى ثبوته فى بيع العين^(٣).

٣ - لمحدد القسمة : القسمة الاتفاقية التى تتم برضاء المتقاسمين تعتبر بمثابة عقد ، فإذا كان المال محل عقد القسمة من الأعيان القيمة ولم ير أحد الشركاء نصيبه وقت العقد ، كان له خيار الرؤية إذا رآه ، ولكن لا يثبت خيار الرؤية فى قسمة نوات الأمثال كالمكيلات والموزونات^(٤).

٤ - لمحدد الصلح ، يثبت خيار الرؤية فى الصلح عن دعوى المال إذا كان بذله عيناً معينة بلذات لم يرها المصالح ، فمثلاً إذا ادعى شخص أن له عند آخر مالا ، فلصطلح معه على أن يعطيه عيناً لم يرها ، كان له الخيار عند رؤيتها^(٥).

(١) بدائع الصلتاح ج٧ ص ٣٣٦٢ ، رد المحتار ج٤ ص ٩٦ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غده الرسالة السابقة ص ٤٠٣ ، د/ عبد الحميد مطلوب خيار الرؤية البحث السابقة ص ٤٩٦ .

(٢) د/ عبد الستار أبو غده الرسالة السابقة ص ٤٠٤ .

(٣) استاذنا الدكتور أنور عمود دبور ، نظام استغلال الأراضى الزراعية الرسالة السابقة ص ٤٠٥ .

٤٠٨ و ٤٠٩ .

(٤) رد المحتار على الدر المختار ج٤ ص ٩٦ شرح فتح القلندر ج٥ ص ١٣٩ مرشد الحيوان المادة (٢٤٦) .

(٥) الدر المختار ج٤ ص ٩٦ ، شرح فتح القلندر ج٥ ص ١٣٩ ، الفقه على المذاهب الأربعة ، للمعاملات

ج٢ ص ٢١٨ .

المطلب الثالث

مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى فى خصوص

نطاق العلم بالمبيع

١٣٨- يتضح مما تقدم أن هناك تقارباً واضحاً بين القانون المدنى والفقه الإسلامى ، فيما يتعلق بنطاق العلم بالمبيع.

فمن حيث الأشخاص:

فإن القانون يعتبر للمشتري هو الدائن بالحق فى العلم الكافى بمقتضى نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى . ويثبت هذا الحق لنائب المشتري كالمولى والوكيل ، ولا يثبت لرسول المشتري ، والبائع هو المدين بالالتزام بالإعلام سواء أكان صانعاً (منتجاً) أم موزعاً (متخصصاً أو غير متخصص) أم مجرد بائع عرضى ، حيث يقوم الالتزام بالإعلام بصفة رئيسية على عاتق الصانع المنتج ، ويختلف بحسب درجة تخصص البائع الموزع، أو عدم تخصصه حيث يقع على عاتق البائع المتخصص إعلام المشتري بما يعرفه عن المبيع أو الذى يكون بإمكانه العلم به ، يلتزم البائع غير المتخصص بتقديم الكتيبات والنشرات التى يرفقها المنتج مع السلعة، كما يلتزم البائع العرضى بإعلام المشتري بما يعرفه عن المبيع.

وفى الفقه الإسلامى اتفق الفقهاء على ثبوت الحق فى العلم الكافى للمشتري تمسكاً بنص الحديث، ويثبت هذا الحق لوكيل المشتري بالشواء إذا كان موكلاً فى شراء شئ غير معين وتسقط رؤيته خيار المشتري ، واختلف الفقهاء فى الوكيل بالقبض فقول تسقط رؤيته خيار (الموكل) وقيل لا، واتفقوا على أن رؤية الرسول لا تسقط حق المشتري فى خيار الرؤية.

ويعتبر البائع هو المدين بالالتزام بالإعلام فى الفقه الإسلامى سواء أكان صانعاً أم موزعاً ، وقد فرض الفقهاء الالتزام بالإعلام بعيوب المبيع على عاتق كل من يعلم بها ، ولو كان أجنبياً عن العقد إعمالاً لمبادئ الشريعة الفراء، والتي توجب النصيح والتعاون بين المسلمين ، وفى هذا يتميز الفقه الإسلامى عن القانون المدنى.

ومن حيث الأشياء :

فى القانون يتسع نطاق العلم الكافى ليشمل جميع الأشياء ، وخاصة المنتجات الخطرة، والأشياء ذات التقنية العالية والمعقدة ، والمنتجات الجديدة والحديثة الابتكار .

وفى الفقه الإسلامى تختلف الرؤية المعتمدة باختلاف الأشياء ويتسع نطاق العلم إذا كان المبيع من الأشياء الخطرة التى أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة ، كما يشمل الأشياء الجديدة لافتراض جهل المشتري بها .

ومن حيث الزمان :

فى القانون المدنى يجب أن يتحقق العلم الكافى وقت إبرام العقد أو قبل انعقاده ، إذا المقصود هو العلم السابق أو المعاصر لإنعقاد العقد ، كما يقوم الالتزام بالإعلام وقت إبرام العقد، وإن كان بعض الفقه الفرنسى يرى أن هذا الالتزام يمتد أيضاً بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ، ليساعد فى حسن استخدام الشيء المبيع.

وفى الفقه الإسلامى اتفق الفقهاء على أن رؤية المبيع يجب أن تتم وقت العقد ، بحيث تكون مقارنة له لا تتأخر عنه ، ويقوم التزام البائع بالإعلام قبل إبرام العقد .

ومن حيث الإثبات :

ففى القانون المدنى يقع على عاتق المدعى بالحق فى العلم الكافى إثباته وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات يطبق المبدأ للعلم على واقعة تحقق أو

عدم تحقق علم المشتري بالمبيع ، ويجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن.

وفى الفقه الإسلامى ، يثبت العلم الكافى بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن ، فعند الأحناف يقبل قول المشتري بيمينه لأن الظاهر يصدقه ، فإذا حلف فسخ العقد عند الملكية ، ويجوز للمدعى عليه رد الدعوى بحلف اليمين ، وعند الشافعية إذا لم تشترط الرؤية فى بيع الغائب ، فالأصح أن يصدق المشتري بيمينه ، وإذا اشترطت الرؤية ، فالأصح هو قول البائع لأنه مدعى صحة العقد.

ومن حيث العقود :

فى القانون المدنى بدأ نظام العلم الكافى ، فى عقد البيع بنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، ثم امتد إلى غيره من العقود ، كالإيجار والوكالة والتأمين والعمل .

وفى الفقه الإسلامى ، الأصل فى شرط العلم وخيار الرؤية أن يقتصر على البيع لورود الدليل به ، ولكن الفقهاء وسعوا فى نطاقه بحيث يمتد إلى عقد الإجارة والقسمة والصلح .

الباب الثانى

أساس العلم بالمبيع

ووسائل تحقيقه وجزاء تخلفه

١٣٩- تقسيمه :

نتناول في هذا الباب بيان الأسس التي يقوم عليها نظام العلم الكافي بالمبيع، والوسائل التي يمكن أن يتحقق بواسطتها والجزاء الذي يترتب على عدم تحققه.

ونوضح ذلك في ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول : أساس العلم بالمبيع وشروطه.

الفصل الثاني : وسائل تحقق العلم بالمبيع.

الفصل الثالث : الجزاء الذي يترتب على عدم تحقق العلم الكافي بالمبيع.

الفصل الأول

أساس العلم بالمبيع وشروطه

١٤٠- تقسيم :

نتناول في هذا الفصل بيان الأسس التي يستند إليها نظام العلم الكافي بالمبيع، والشروط التي يلزم توافرها لقيامه .

ونوضح ذلك في مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : أساس العلم بالمبيع.

المبحث الثاني : شروط العلم بالمبيع.

المبحث الأول

أساس العلم بالمبيع

١٤١- تمهيد وتقسيم :

نبين في هذا المبحث الأسس التي يقوم عليها نظام العلم الكافي بالمبيع، وما يقرره من حق للمشتري في العلم بحقيقة المبيع والتزام يقع على عاتق البائع بإعلانه .

ونوضح ذلك في القاتون المدني ، والفقه الإسلامي ثم نعقد مقارنة بينهما، وذلك في ثلاثة مطلب على النحو التالي:

المطلب الأول : أساس العلم بالمبيع في القاتون المدني.

المطلب الثاني : أساس العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة.

المطلب الأول

أساس العلم بالمبيع في القانون المدني

١٤٢- تمهيد :

لكي ينشأ أي بناء من الأبنية، أو نظام من الأنظمة، فلا بد من وجود أساس يقوم عليه ونظام العلم الكافي بالمبيع من الأبنية القانونية التي تعتمد على أسس متعددة.

وإذا كان أساس تقرير الحق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع لا يثير أية صعوبة، فإن فرض التزام على علق البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع، قد أثار جدلاً كبيراً في الفقهاء المصري والفرنسي حول الأساس الذي يقوم عليه. وتبين فيما يلي أساس حق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع ثم أساس التزام البائع بالإعلام.

١٤٣- أولاً، أساس حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع،

يقوم حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع وحقه في طلب إبطال البيع إذا لم يتوافر لديه العلم الكافي بحقيقة المبيع، على أساس نص المادة (٤١٩) مدني مصري، والتي قررت أنه :

- ١- "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه.
- ٢- وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " .

ويقبل هذه المادة في القوانين المدنية العربية المواد (٣٨٧) مدني سوري، (٤٥٦) مدني كويتي و (٤٠٨) مدني ليبي، (٥١٧) مدني عراقي و(٤٧٣) مدني يمني.

وبذلك فإن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع يقوم على أساس تشريعي يمنع بصدده أى خلاف.

١٤٤- ثانياً، أساس التزام البائع بالإعلام :

اختلفت وجهة نظر فقهاء القاتون حول الأساس الذى يقوم عليه التزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع، وتعددت اتجاهاتهم بين إقامته على أسس تشريعية أو عقدية، نبينها فيما يلى:

١٤٥- نص المادة (٤١٩) منقضى مصري .

يرى جانب من الفقه المصري الحديث أن أساس التزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع ، هو نص المادة (٤١٩) منقضى مصري.

بحيث يكون القاتون المدني المصري قد نظم بشرط العلم الكافي بالمبيع تطبيقاً مثالياً للالتزام بالإدلاء ببيانات المبيع وأوصافه الأساسية عند إبرام العقد، لتكوين علم المشتري الكافي بالمبيع، وبحيث تكون المادة (٤١٩) منقضى مصري هى أساس الالتزام بالإعلام والبطان المقرر كجزاء للإخلال به^(١). ويكون التزام البائع بإعلام المشتري التزاماً قانونياً ، يجد مصدره فى نص المادة (٤١٩) منقضى مصري وغيره من النصوص^(٢) .

ومن جانبى أؤيد رأى السابق فيما ذهب إليه ، لأن المادة (٤١٩) عبرت بلفظ (يجب) أى يلزم ، إذ الإيجاب يفيد الإلزام فى الاستعمال اللغوى، فقد جاء فى لسان العرب : يقال ، وجب البيع، يجب، وجوباً، وأوجبه إيجاباً ، أى لزم وألزمه^(٣).

(١) / نزيه محمد الصادق المهدي . الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ، المرجع السابق

ص ١٠٧ و ٢٨٢ و ٣٢٢ .

- د/ خالد جمال أحمد حسن ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، الرسالة السابقة ص ٢٥٩ .

(٢) د/ خالد جمال أحمد حسن الرسالة السابقة ص ٤٧٥ .

(٣) لسان العرب لابن منظور ج ١ مادة " وجب " ص ٣٧٦ ، ط. دار المعارف .

وبحيث يمكن استنتاج أن للقانون المدني المصري يلزم البائع بمقتضى نص المادة (٤١٩) -صفته الطرف الثاني في العقد والمخاطب بحكمها - بأن يُعَلِّمَ المشتري بأوصاف المبيع الأساسية، وكافة بياناته التي تمكنه من التعرف على حقيقة المبيع ، عندما لا يستطيع الاستعلام عنها بوسائله الخاصة .

ولكون القانون هو الذي يفرض على البائع الإفضاء للمشتري ببيانات المبيع فمن الممكن التعبير عن ذلك بلفظ واجب الإعلام *un devoir d'information* أو الالتزام بالإعلام *l'obligation d'information* على حد سواء، وبلا تمييز بينهما^(١).

١٤٦- نص المادة (٤٦٨) مدني كويتي،

تنص المادة (٤٦٨) مدني كويتي على أن : "البائع يلتزم بتزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع".

ويتضح من صريح نص هذه المادة أن القانون المدني الكويتي فرض على عاتق البائع التزاماً بتزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع، وبحيث تكون المادة (٤٦٨) مدني كويتي هي الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالإفضاء^(٢).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، أن المشرع قد أراد بهذا النص إلزام البائع " بأن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع ، كأن يبين له حدوده، وما يكون له من توابع أو ملحقات، وما عليه من حقوق وتكاليف ، وكيفية الانتفاع به إن كان من الأشياء الدقيقة"^(٣). بل إن حدود هذا الالتزام لا تقف عند حد الأجهزة الدقيقة

^(١) (Muriel) fabre-Magnan, thèse précitée, n° 5, P6.

^(٢) د/ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك ، المرجع السابق لـ ٣٠٨ ص ٢٩٩.

^(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص ٣٧٧.

فحسب، بل تمتد لتشمل كل منتج أيا كان نوعه ، وسواء أكان يتسم بالدقة أم الخطورة، أم التعقيد، أم غيرها.

كما أن البائع لا يلتزم فحسب ببيان طريقة الانتفاع بالشئ المباع، بل عليه أن يدلى بكل ما يكون المشتري في حاجة ماسة إليه لتيسير كيفية انتفاعه بالمبيع^(١). وعلى وجه الخصوص تبصيره بما ينطوى عليه المنتج المباع من مخاطر ، وكيفية الوقاية منها^(٢).

١٤٧- التهربات الخاصة بحماية المستهلك ،

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأن المشرع الفرنسي ، حرص على ضرورة إعلام المشتري بحقيقة المنتجات المعروضة عليه ، إمعاناً في توفير الحماية الكافية له^(٣)، فلورد العديد من النصوص القانونية الخاصة، التي تفرض على البائع ذكر بيانات إجبارية معينة ، وإدراجها على السلعة أو على أغلفتها ، لإحاطة المشتري علماً بها ، بحيث تعتبر هذه النصوص بمثابة الأسس الذي يقوم عليه التزام البائع بالإعلام، ومن هذه النصوص تشريع ٩ ديسمبر ١٩٦٤م، الذي فرض ذكر بعض الإشارات والبيانات الملزمة على صنابير التعبئة، ومرسوم رقم ٧٢-٩٣٧ الصادر في ١٢ أكتوبر ١٩٧٢م، المنظم لمجموعة المنتجات الغذائية الأولية ، والذي فرض التزاماً بإعلام مستهلكي المنتجات الغذائية ، والتي كانت الموضوع الأول في فرض البيانات الملزمة، ومرسوم ٢٨ أبريل ١٩٧٧م والمعدل بالمرسوم ١٩ فبراير ١٩٩١م، حول الإعلان والإدلاء بالبيانات الخاصة بمنتجات التجميل Produits de beautes et cosmétiques ومنتجات الصحة الجسدية Produits d'hygiene corporelle وتشريع ١٠

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الملحق الكوبي. الموضع السابق .

(٢) د/ جابر محمود على المرجع السابق لـ ٢٠٨ - ٢٩٩.

(٣) (claude) Ducouloux - Favard, op. cit, P118.

يناير ١٩٧٨م الخاص بحماية وإعلام المستهلك، والذي فرض ذكر مواصفات وخصائص المنتجات ، بحيث يجب أن تكون محددة بدقة، حتى تحقق إعلاماً معكناً وكاملاً^(١). ومرسوم ٧ ديسمبر ١٩٨٤م (والمعدل بالمرسوم ١٩ فبراير ١٩٩١م)، والمتعلق ببطاقات البيانات الخاصة بالسلع الغذائية، حيث أوجب كتابتها مسبقاً وفرض ذكر بيانات فيها تتعلق بتسمية المنتج (السلعة) ، واسم وعنوان الصانع أو المجهز والبلد المصدر (إقليم المنتج) والكمية الحقيقية للمنتج (الوزن الصافي) وقائمة liste بمكونات الطعم الداخلة في تركيبه والتاريخ المحدد لصلاحية المنتج للاحتفاظ به، وكر بيانات وتحذيرات الاستخدام^(٢) ويعاقب مرسوم ٧ ديسمبر ١٩٨٤م على أى إخلال بالبيانات الإلزامية، كالعقوبة بالغرامة عند مخالفة الالتزام بالعقوبة، وذكر بعض الإشارات، وتقرير عقوبات خاصة عند تزوير التواريخ المحددة^(٣).

ومن التشريعات التي فرضت ذكر بيانات معينة عن المبيع وإعلام المشتري بها كذلك، تشريع ١٠ يناير ١٩٩١م، والمتعلق بالمقاومة للدخان والكحول، وخاصة المادة التاسعة في فقرتها الثانية حول البيانات الواجب إدراجها على عبء السجائر، وأخيراً تشريع ١٨ يناير ١٩٩٢م، الذي قوى حملة المستهلكين بإلجائه على علق البائع التزاماً بالإعلام عن مواصفات المبيع لصالح المشتري^(٤).

(١) (j) - Ghestin et (B) DESCHÉ, la vente, op- cit, n° 869 p.925.

(claude) Du couloux - Favard, op - cit, P118.

-(B) GROSS et (ph) BIHR. Op, cit. P250.

(٢) (Luc) BIHL, op. cit. n° 223 pp 110 et 111. -

(B) GROSS et (ph) BIHR op, cit. p 250.

(٣) (luc) Birl, op, cit , n° 224, P111., et les règles de l'étiquette Gaz. Pal. 1973, doc, p 733.

(claude) Ducou loux- Favard, op, cit. p118.

(٤) (F) collart et (ph) Delebèque, op, cit. n° 212 p 180. =

حيث نصت مادته الثاقية فى فقرتها الأولى على أنه :- (يجب على كل بائع مهنى لأشياء، أن يحيط المشتري علماً بالمواصفات الأساسية للشيء قبل إتمام العقد)، كما أوجبت الفقرة الثاقية من نفس المادة (أن يبين البائع للمشتري شروط استعمال الشيء، والمدة التى يكون المنتج صالحاً للاستعمال خلالها).

١٤٨- الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالإعلام:

ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن التزام البائع بإعلام المشتري يقوم على أساس التزامه الأصلى بالضمان، سواء فى ذلك ضمان التعرض أم ضمان الاستحقاق، أم ضمان العيوب الخفية، حيث يتسع نظام الضمان ليشمل جميع الالتزامات التى تستهدف تحقيق الغاية المرجوة منه، ألا وهى ضمان تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً ، ومن هذه الالتزامات ، التزام البائع بإعلام المشتري^(١).

فإذا كان يستحيل على المشتري العلم بمواصفات المبيع وكافة بياناته من تلقاء نفسه ، فإن البائع يلتزم فى هذه الحالة بإعلامه بها، وينشأ هذا الالتزام من التزامه الأصلى بالضمان، سواء فى ذلك ضمان التعرض والاستحقاق *la garantie du trouble de droit et la garantie d'éviction* وفقاً للمادتين (١٦٢٦ و ١٦٢٨) مدنى فرنسى، والمقابلتين للمادتين (٤٣٩ و ٤٤٠) مدنى مصرى أو ضمان العيوب الخفية *la garantie des vices cachés* وفقاً للمادة (١٦٤١) مدنى فرنسى المقابلة للمادة (٤٤٧) مدنى مصرى أو ضمان الارتفاقات غير الظاهر أو المستورة *les servitudes non apparentes ou occultes* والتى لم يفصح عنها البائع كالارتفاق بعدم البناء أو عدم

^١ B, GROSS et ph. BIHR, op, cit, P 249,

^(١) (Bernard) GROSS. Thèse précitée, n° 218, p 208.

التغطية وذلك وفقاً للمادة (١٦٣٨) مدنى فرنسى والمقابلة للمادة (٢/٤٤٥) مدنى مصرى^(١).

وبحسب تبدأ أولى خطوات تنفيذ الالتزام بالضمان ، بقيام الضامن (البائع) بإعلام الطرف الآخر (المشتري) بوضع الشئ محل الالتزام بالضمان^(٢).
بينما يذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسىين إلى استئصال الالتزام بالإعلام الذى يقع على عاتق البائع عن التزامه بالضمان^(٣)، وهو ما يذهب إليه أيضاً جانب من الفقه القانونى المصرى^(٤).

ومن جانبى أؤيد هذا الرأى للاختلاف الواضح بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالضمان، من حيث مصدر وطبيعة ونطاق كل منهما .

فمن حيث المصدر ،

يقوم الالتزام بالضمان على أساس نصوص تشريعية صريحة فى القانون المدنى، حيث تقرر ضمان العيوب الخفية بنصوص المواد من (٤٤٧) إلى (٤٥٤) مدنى مصرى والمقابلة للمواد (١٦٤١) إلى (١٦٤٩) مدنى

^(١) د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ٨٤ و ٨٥.

^(٢) (B) Gross . Thèse précitée, n° 204, p 196.

^(٣) (Denise) NGUYENTHANH-BOURGEOIS et (Janine) REVEL, article précité, n° 5.

(Yves) Boyer thèse précitée, n°189 p275 (Jean) ALISSE, thèse précitée, n° 121 et 122 p105.

(Janine) REVEL ,la responsabilité civile de Fabricant, thèse de doctorat paris 1975, n°125 p203., cass civ, 25 nov 1963. Gaz. Pal 1964 -1- p281., R.T.D.civ 1964 p574 obs Gérard CORNU., cass, 16 octo 1973, J.C.P.1974 -II- 17846.

^(٤) د/ نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ١٣٢ ،

د/ ثروت فحى إسماعيل ، المسئولية المدنية للبائع المهني ، الرسالة السابقة ص ٣٧٢ و ٣٧٣ ،

د/ على سيد حسن الالتزام بالسلامة في عقد البيع المرجع السابق ص ١٠٩ ،

د/ عزه محمود أحمد تحليل مشكلات المسئولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلى الرسالة السابقة ص ١٥٠ .

فرنسى . وضمان التعرض والاستحقاق للماتنين (٤٣٩) و (٤٤٠) مدنى مصرى والمقابلتين للماتنين (١٦٢٦) و (١٦٢٨) مدنى فرنسى .
وضمان الارتفاقات الخفية بالمادة (٢/٤٤٥) مدنى مصرى والمقابلة للمادة (١٦٣٨) مدنى فرنسى ، بينما التزام البائع بالإعلام المشتري قد نشأ على يد القضاء الفرنسى ، والذى استنتبطه عن طريق تفسير إرادة المتعلقين ، وبقصد توفير أكبر قدر من الحماية لجمهور المستهلكين^(١).

ومن حيث الطبيعة :

فإن الالتزام بالضمان يعتبر التزاماً عقدياً بتحقيق نتيجة ، حيث ينشأ عن العقد ويهدف إلى تيسير تنفيذه ، بينما الالتزام بالإعلام قد يكون عقدياً وقد يكون غير عقدي ، كما أنه حسب للرأى الغالب فى الفقه يعتبر التزاماً ببذل غاية^(٢).

ومن حيث النطاق :

يتسع نطاق مسئولية البائع فى الالتزام بالإعلام عنه فى الالتزام بالضمان ، حيث لا تنطبق أحكام الضمان ، إلا إذا كان المبيع مشوباً بعيوب خفى أو ارتفاقات وأمور غير ظاهرة تؤدى إلى استحقاقه والتعرض له ، ولم يفصح عنها البائع.

بينما لا تقتصر مسئولية البائع لإخلاله بالالتزام بالإعلام على حالة عدم الإفضاء بعيوب المبيع ، أو البيانات المتعلقة بوضعه القانونى ، بل تمتد لتشمل أيضاً الإخلال بالبيانات المتعلقة بطريقة استخدام المبيع ، والاحتياطات الواجب مراعاتها عند الاستخدام لتجنب أضراره ، وما قد

^(١) (F) COLLART et (ph) Delebecque .op, cit. N° 211, pp 179 et 180,

(Alain) Bénabent, op, cit. n°198 p 123,

(A.M) CHEMEL, la responsabilité du Fabricant, thèse précitée, P.89.

(٢) راجع لى طيبة الالتزام بالإعلام لسنة ١٩٦٠ ص ٢٠٠ وما بعدها من الرسالة.

ينطوى عليه المبيع من خطورة، وكلفة المواصفات والبيانات التي تتعلق بغرض المشتري من الشراء، والتي يتوقف عليها حسن الانتفاع بالمبيع وتجنب أضراره أخطاره^(١).

١٤٩- الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالإعلام :

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الالتزام بالإعلام يمكن تأسيسه على الالتزام بالتسليم ، بحيث يعتبر كالالتزام تابع أو ملحق به. فالمشتري لا يستطيع الانتفاع بالمبيع دون عائق، إلا إذا زوده البائع بالمعلومات اللازمة عن كيفية استعماله ، وإذا كان من الأشياء الخطرة فإنه يجب أن يحيطه علما بهذه الخطورة ، ويبين له كيفية تجنبها^(٢). وبحيث يمكن القول إن الالتزام بالإعلام الموضوع على عائق البائع ، قد أصبح ملازما للالتزام بالتسليم لا ينفك عنه^(٣) . فالبايع لا يعتبر منفذا لالتزامه بالتسليم على الوجه الأكمل إلا إذا أفضى إلى المشتري بكل البيانات الضرورية عن المبيع ، وسلم إليه الكتيبات والنشرات الخاصة بكيفية استعمال المبيع والتحذير من مخاطره ، وكيفية الوقاية منها. وهو ما أكدته قضاء النقض الفرنسي، حيث ألزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري في حالة يصلح معها للاستعمال ، وبحيث يجب على البائع أن يزود المشتري بكلفة المعلومات والبيانات اللازمة. لاستعمال هذا الشيء ،

^(١) د/ لوت فني إسماعيل ، الرسالة السابقة ص ٣٧٣ ، د/ على سيد حسن المرجع السابق ص ١٠٢ و ١٠١ ، غرة محمود أحمد خليل الرسالة السابقة ص ١٤٩ و ١٥٠ .

^(٢) (J) Ghestin, les obligations op, cit. n° 457 p504,
(Jérôme) HUET, op, cit. n° 11264 p215,
ph. Le tourneau la responsabilité civile n° 1753 p555,
(CHRISTIAN) LARROUMET, les obligations. Le contrat op, cit. n° 376 p 335,
(Denis) SARGET, LES problèmes Juridiques de la vente en libre- service thèse de doctorat, paris 2, 1982, p 128.

^(٣) د/ محمد إبراهيم بنداري الالتزام بالتسليم في عقد البيع الرسالة السابقة لـ ٣٤ ص ٨٨ .

وخاصة إذا كان استعماله ينطوي على خطورة معينة^(١) أو كان من المنتجات ذات التقنية العالية كالحاسب الآلي^(٢).

ومن ثم فلا يجوز للبائع المتخصص أن يخل بالتزامه بالإعلام والتصحیح ولغت الانتباه، التابع للالتزام بالتسليم الموضوع على علقه ، لصالح المشتري قليل الخبرة والدرایة ، بحجة عدم كفاية المعلومات التي لديه من قبل صانع الجهاز المبیع^(٣).

وأرى أنه لا يمكن أن يكون الالتزام بالتسليم أساساً قوياً للالتزام بالإعلام، للاختلاف الجوهری بينهما من حيث الطبيعة، فالالتزام بالتسليم التزام عقدی ينشأ من عقد البيع ، ويتعلق بتنفيذه، أما الالتزام بالإعلام فكمما ينشأ عن العقد ويساعد على حسن تنفيذه، قد ينشأ من مصدر آخر كنص القانون، بحيث يعتبر كقاعدة يجب مراعاتها عند إبرام العقد ، ويهدف إلى إيجاد رضا حر ومستتير لدى المشتري.

١٥- الالتزام بضمان السلامة كأساس للالتزام بالإعلام:

ذهب جاتب من الفقه القانوني الفرنسي والمصري إلى القول بأن التزام البائع بالإعلام ، إنما يقوم على أساس التزامه بضمان السلامة ، بحيث يجب على البائع أن يتخذ الوسائل المؤدية إلى تنفيذ هذا الالتزام الأخير، ومنها الإقضاء للمشتري بخصائص المبيع وطريقة استخدامه ، ولغت انتباهه إلى الاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستخدام ، لمنع وصول الخطر الكامن في المبيع إلى المشتري ، والمساس بشخصه ، أو الإضرار

^(١) Cass 4e com, 25 juin 1980, Bull civ, IV n° 277, p 234.

^(٢) Cass 1er civ, 25 Juin 1996, Bull civ., 1, n° 274, p192.

^(٣) Cass 1er, civ 27 Fév, 1995, Bull civ., 1, n° 82, p 75.

بماله^(١) وفى هذا الصدد قضت محكمة استئناف Douai، بحكمها الصادر فى ٤ يونيو ١٩٥٤ م بمسئولية الشركة البائعة لخلط كهربائى ، بالرغم من أن هذا الخلط لم يكن مشوباً بأى عيب خفى يغطه غير صالح للاستعمال الذى خصص له ، إلا أن الشركة البائعة أغفلت تعيين الطريقة المثلى لاستعماله، وتوضيح ما يمثلته إحكام ربط الوعاء الزجاجى على دعامته اللولبية من أهمية لسلامة المستعملين ، ولم تبين ما يجب اتخذه من الاحتياطات فى حالة عدم انتظام أو انحراف هذا الوعاء، وبذلك تكون قد أخلت بالالتزام بضمان السلامة المتولد عن العقد وارتكبت خطأ يعد هو السبب المباشر فى وقوع الحادث، حتى ولو كان المضرور نتيجة لعدم إعلامه الكافى قد وضع يده بلا حذر على هذا الوعاء. دون أن ينتبه إلى ضرورة فصل التيار الكهربائى^(٢) ولكن يلاحظ أن تأسيس الالتزام بالإعلام على الالتزام بضمان السلامة l'obligation de sécurité سيجعل من الالتزام بالإعلام التزاماً تعاقدياً فقط، ينشأ من العقد ويهدف إلى تيسير تنفيذه كما هو الشأن فى الالتزام بضمان السلامة الذى يتعلق بتنفيذ العقد لا بإبرامه^(٣). فى حين أن الالتزام بالإعلام قد يقوم أثناء إبرام العقد، لضمان صحة وسلامة رضاء المشتري.

(1) (Jean) ALISSE, thèse précitée. Nos 121 et 122 pp 104 et 105.

(Denise) NGUYEN- THANH, techniques juridiques de protection du consommateur, thèse de doctorat CAËN, 1970. n° 790 p 219.,

د/ على سيد حسن المرجع السابق ص ١٠٢ و ١٠٣.

د/ فروت ضحى إسماعيل الرسالة السابقة ص ٣٧- ٣٧٨ ،

د/ جابر محجوب على المرجع السابق لـ ٣١٠- ٣١١ ص ٣٠١- ٣٠٢.

(2) C. Appl. Douai, 4 Juin, 1954, D, 1954, p 708

(3) (Yves) Boyer, thèse précitée, n° 194 p281.

١٥١- نظرية محبوب الرضاء كأساس للالتزام بالإعلام.

يرى بعض الفقه إقلمة الالتزام بالإعلام على أساس نظرية عيوب الرضاء، خاصة اللفظ حسب المادة (١٢٠) مدنى مصرى والمقابلة للمادة (١١١٠) مدنى فرنسى والتليس، حسب المادة (١٢٥) مدنى مصرى والمقابلة للمادة (١١١٦) مدنى فرنسى^(١) وبحيث لا يقتصر الأمر على النظر إلى العنصر الداخلى، والمتمثل فى الوعى أو الشعور لدى المتعاقد الذى عيبت إرادته، لتحويله الحق فى طلب الإبطال، رفعا للضرر عنه، بل يجب النظر فى سلوك وتصرفات الطرف الآخر، ومدى تأثير ما باشره على الرضاء بحيث يمكن أن نطلب من هذا الأخير أن يقدم للمتعاقد معه البيانات والمعلومات، التى تسمح له بالتعاقد عن علم كاف بالحقبة^(٢) وأن يتمتع عن السكوت والكتمان للبيانات والمعلومات التى من شأنها التأثير على رضاء المتعاقد، بحيث يعتبر الالتزام بعدم الإخفاء-أو عدم السكوت-هو فى نفس الوقت التزام بالمصارحة والتبصير وفقا لنص المادة (١٢٥) مدنى مصرى^(٣) وبذلك يجد الالتزام بالإعلام أسسه فى نظرية عيوب الإرادة، وخاصة للتليس بطريق الكتمان *la réticence dolosive*، والذى من شأنه ترتيب البطلان إذا كنم أحد المتعاقدين عند إبرام العقد بعض المعلومات والبيانات، اللازمة لتكوين رضاء واع وحر لدى الطرف الآخر^(٤)، وهو ما أكدته الدائرة الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية فقد قضت

(1) (J) GHESTIN, les obligations le contrat: Formation, n° 475, p 525.,

lucas de LEYSSAC, article précité nos 17 et 18, pp 314 et 315.

(2) (J) GHESTIN et (B) DESCHÉ, LAVENTE OP, CIT. N°128 P 140.

(٣) د/ حسام الدين كامل الأهوانى . المقارحات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى - ٤٤

ص-١٨ تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون ومقتضيات التجارة الدولية معهد لسانون الأعمال

الدولى القاهرة ٢-٣ يناير ١٩٩٣م.

(4) lucas de LEYSSAC , article précité nos 17 et 18 pp, 314 et 315.,

(J) Ghestin, les obligations, op, cit. n° 435 pp 475 et 476., n° 475, p 525. =

ببطلان البيع مع الحكم بالتعويضات، لإخلال البائع بالتزامه بالإعلام عن طريق ما افترقه من تكليس بطريق الكتمان للبيانات والمعلومات المتعلقة بالشئ المبيع ، والتي لها تأثير على رضا المشتري بالتعاقد^(١) .
وفي الحقيقة أنه إذا كان الالتزام بالإعلام يتفق مع نظرية عيوب الرضاء ، من حيث الغرض وهو ضمان صحة وسلامة رضا المتعاقد، إلا إن نطلق الالتزام بالإعلام أو سع بكثير من نطاق نظرية عيوب الرضاء، كما لا يقتصر جزاء الإخلال به على بطلان العقد ، بل قد يرتب مسؤولية البائع، والحكم عليه بالتعويضات^(٢).

وبحيث يمكن القول: إن الالتزام بالإعلام إنما يعالج قصور نظرية عيوب الرضاء في توفير الحماية الكافية للمشتري ، فلا تكفي وحدها لأن تكون أساسا قويا له.

١٥٢- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام والإعلام

اتجه جانب من الفقه إلى إقامة الالتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية *la bonne foi* الواجب مراعاته أثناء تنفيذ العقد حسب نص المادة (٣/١١٣٤) مدنى فرنسى ، والمقابلة للمادة (١/١٤٨) مدنى مصرى، والتي تنص على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

وحسن النية يفرض على المتعاقد، مراعاة الأمانة ، بما يحقق الثقة العقدية بين الطرفين، ومن مقتضى ذلك أن يدلى البائع للمشتري عند إبرام العقد بكافة المواصفات والبيانات الضرورية عن المبيع والتي تجعل

= د/ نزيه محمد الصادق النهدي ، المرجع السابق ص٢٦٧ و٣٣٢.

(1) Cass 3e civ, 4 Janv 1991, Bull civ, III , n° 9, p 6,

Cass 3e, civ, 7 mai 1974, Bull civ, III , n° 186 p 140.,

Cass 3e civ, 20 décem 1995, Bull civ, III n° 43 pp 29 et 30.

(2) (CHRISTIAN) LARROUMET, les obligations op, cit. n° 377, p337.

المشتري يقدم على التعاقد عن بينة من أمره وأى كتمان لمثل هذه المعلومات يتلقى مع حسن النية، بل قد يدل على سوء نية المتعاقد إذا كان يعلم أو يظن أن هذه البيانات لها تأثير على قرار التعاقد الآخر بإبرام العقد أو الإحجام عنه.

وبذلك يساعد الالتزام بالإعلام على امتداد مبدأ حسن النية من مجال تنفيذ العقد إلى مجال إبرامه ، بحيث يجب أن يسود حسن النية بين الطرفين عند إبرام العقد ، كما عند تنفيذه^(١) .

وهذا ما قرره الدائرة الثالثة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية ، بحكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٩٢ م ، حيث جاء في الحكم المطعون فيه أن الزوجين les époux le bail اشترى قطعة أرض من مدام Delon ، لكي يقيما عليها مبنى للسكنى ، وقد اكتشفا بعد البيع وجود محتوى ملى تحت الأرض المبيعة يعوق البناء عليها ، ولا يمكن إتمامه إلا بالقيام بأعمال تتطلب مصاريف مكلفة ، فقام المشتريين بطلب فسخ البيع ، فرفضت محكمة الاستئناف الطلب ، إلا أن محكمة النقض قررت نقض وإلغاء حكم محكمة الاستئناف ، لإخلاله بحكم المسادة (٣/١١٣٤) مدنى فرنسى حيث كان على البائعة أن تدلى للمشتريين بالصفات الجوهرية للأرض المبيعة ، وأن تكشف لهما عن وجود دعوى أمام القضاء ، تنطبق بالصفات الجوهرية للأرض ، مقامة من مشتري آخر لحصة مجاورة ، ضد نفس البائعة ، أما أنها لم تفعل ذلك فقد أخلت بالتزامها بالإعلام وفقا لنص المادة (٣/١١٣٤) مدنى فرنسى^(١).

(1) (PH) MALAURIE et (L) AYNÈS, op, cit , t, VIII, n° 209, p212., et t, VI n° 634 p364., (F) collart et (ph) Delebecque, op, cit. n° 211, p 180.

د/ عمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسوئلة المدنية ج ١ ص ٤٤٤ .

د/ عزة عمود أحمد خليل الرسالة السابقة ص ١٥٥ .

(2) Cass 3e civ, 30 Juin 1992, Bull civ, III, n° 238 p 145., R-J-D-A, décembre 1992, n° 1115, p 898.

وقد جاء في التطبيق على هذا الحكم أن البائعة قد أخلت بالأمانة والثقة العقدية ، وفقاً لما يفرضه عليها مبدأ حسن النية ، حسب المادة (٣/١١٣٤) مدنى فرنسى، والذي يجب امتداده من مرحلة تنفيذ العقد إلى وقت إنشائه، وبحيث كان يجب على البائعة أن تؤجل البيع الثانى لقطعة الأرض، حتى يتم الفصل فى القضية المتعلقة بالقطعة الأولى، أو كان يجب أن تعلم المشترين الجدد بحقيقة الأمر ، أما وإنها لم تفعل ذلك فتكون قد أخلت بالتزامها بالإعلام ، حسبما قررت محكمة النقض^(١).

١٥٣- المادة (١١٣٥) مدنى فرنسى والمقابلة للمادة (٣/١٤٨) مدنى مصرى كأساس للالتزام بالإعلام.

ذهب بعض الفقه والقضاء^(٢) إلى إقامة الالتزام بالإعلام على أساس نص المادة ١١٣٥ مدنى فرنسى ، والمقابلة للمادة ٢/١٤٨ مدنى مصرى، والتي تنص على أنه : (لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام).

بحيث يمكن القول إن الالتزام بالإعلام أصبح من مستلزمات التعاقد. والذي يمكن أن يضيفه القاضى إلى مضمون العقد ، إذا كان العرف ، أو العدالة، أو مبادئ القانون الطبيعى ، تقتضى إضافته إليه بغرض حماية المشترى ، وهو الطرف الضعيف فى العقد^(٣).

(1) (LAURENT) LEVNEUR, De l'obligation de renseignement lors de la Formation du contrat, note sur, cass 3e civ, 30 Juin 1992, contrats, concurrence-consommation, Décembre 1992, n° 218 Fasc 45 et 250, p 5.

(2) (PH) MALAURIE et (L) AYNÈS, op, cit, T, VI n° 634 p. 364 et VIII n° 209 p212., (Muriel) Fabre-Magnan, thèse précitée n° 451 p 362, (Georges) DURRY, note sur cass civ, 14 décembre 1982, R.T.D. civ 1983, n°9, p 545, cass 1^{ère} civ, 11 juillet 1996, R.J.D.A, décembre 1996 n° 1452, pp 1022 et 1023,

د/ عزة محمود أحمد خليل ، للمقالة السابقة ص ١٥٥.

(٣) د/ ثروت فتحى إسماعيل الرسالة السابقة ص ٣٧٨.

وهو ما قرره الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٨٢م، والذي نقض حكم محكمة الاستئناف مقررا أن مجرد التوصية البسيطة بعدم اتصال المبيد بالجلد ، لا تحمل التحذيرات الكافية ضد المخاطر الجسمية والأضرار البالغة له على العينين ، ومن ثم فإنه كان يجب حث انتباه المستعملين إلى كافة الاحتياطات التي يجب أخذها للوقاية من كافة أضرار هذا المنتج^(١).

ومما هو جدير بالملاحظة ، أن للدائرة الأولى لمحكمة النقض إنما قصدت تطبيق المادة (١١٣٥) منى فرنسي، حيث عابت صراحة على محكمة الاستئناف إخلالها بحكم هذه المادة ، مما يدل على أن نص المادة (١١٣٥) منى فرنسي هو الأساس الذي يستند إليه الحكم بالالتزام بالإعلام^(٢)، بل إن الالتزام بالإعلام يمكن تأسيسه فعلا على نص المادة (١١٣٥) منى فرنسي ، كلما كان له تأثير على تنفيذ الالتزام الأصلي بالتسليم^(٣).

١- الالتزام بالتعاون كأساس للالتزام بالإعلام

يذهب بعض فقهاء القلتون الفرنسي إلى القول بأن الالتزام بالتعاون هو أساس الالتزام بالإعلام ، حيث يفرض على كل طرف إعلام المتعاقد معه ، كلما سيسمح الإعلام لهذا الأخير بالحصول على أفضل منفعة من أدائه ، أو تنفيذ تعهداته الخاصة بأفضل طريقة ممكنة^(٤). هذه هي أهم الأمور التي قال بها الفقه والقضاء لتأسيس الالتزام بالإعلام.

^(١) cass 1^{re}, civ , 14 décem 1982, Bull civ, 1, n° 361 p 309.

^(٢) G. DURRY, la note précitée , R.T. D, civ 1983 n° 9, p545.

^(٣) (Muriel) Fabre- Magnan. Thèse précitée, n° 451 p362.

^(٤) (Yves) PICOD, le Devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, n° 97 p 115, éd, L.G.D.J, paris 1989.

وما هو جدير بالذكر، أنه إذا كان يوجد هناك اتفاق صريح بين الطرفين يقرر الالتزام بالإعلام، كما في العقود التي تبرم مع وكالات المعلومات^(١)، أو عقود المشورة الفنية والقانونية فإن الإرادة الصريحة للطرفين تكون في هذه الحالة هي أساس الالتزام بالإعلام، وإذا وجد مثل هذا الاتفاق الصريح بين الطرفين فلا يمكن للقاضي الحكم، إلا على أساس المادة (١١٤٧) منى فرنسى ، وبحيث يجوز الحكم على المدين بدفع التعويضات لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام ، أو للتأخير فيه ، ما لم يثبت أنه كان حسن النية ، وأن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي، لا يد له فيه^(٢) ويكون العقد هو مصدر الالتزام بالإعلام فى هذه الحالة.

وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق الصريح ، فأرى فى نصوص القانون - كنص المادة (٤١٩) منى مصرى ، ونص المادة (٤٦٨) منى كويتسى، والنصوص الخاصة بحماية وإعلام المستهلك فى القانون الفرنسى - الأساس الكافى لإقامة الالتزام بالإعلام على عائق البائع لصالح المشتري.

^(١) (yves) picod, op, cit. n° 95, p 112.

^(٢) (Muriel) Fabre Magnan, thèse précitée n° 449, p 360.

المطلب الثاني

أساس العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

١٥٥- تمهيد :

يقوم نظام العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي على أسس تشريعية راسخة في القرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، كما تدعمه مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء وقواعدها العامة .

ونتناول بيان ذلك فيما يلي :

١٥٦ - أولاً ، الأسس التشريعية :

تتمثل هذه الأسس في النصوص الصريحة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، التي تقرر للمتعاقد الحق في العلم بمحل العقد ليتم رضاه به ويمتنع تضرره ، وتوجب على المتعاقد الآخر نصحه وإعلامه بحقيقة محل العقد ، وبيان ما به من العيوب ، وإلا كان آثماً .

١٥٧ - في القرآن الكريم :

١ - قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً)^(١) .
وجه الدلالة :

تدل الآية الكريمة على أن الله تبارك وتعالى ينهى عبادة المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضاً بالباطل ويدخل في هذا الباطل أي نوع من

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩)

أنواع المكاسب غير المشروعة ، كالربا والقمار وما ينطوي على الغرر والجهالة .

وقد فرئ (تجلرة) بالرفع والنصب ، وهو استثناء منقطع، كنه يقول لا تتعاطوا الأساليب المحرمة فى اكتساب الأموال، لكن المتاجرة المشروعة التى تكون عن تراض من البائع والمشتري ، فلفطوها وتسببوا بها فسى تحصيل الأموال^(١) .

ولا شك أن البيع الذى لا يطم فيه المشتري بحقيقة الشيء المبيع ، لا يتوافر فيه التراضى المطلوب ، لأن الرضاء بالشيء مع الجهل به لا يتصور، وفى هذا يقول العلامة ابن حزم : " وبضرورة الخس يدرك كسل أحد أن التراضى لا يمكن ألبيته إلا فى معلوم متميز "^(٢)

٢- وقوله سبحانه وتعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الأحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالأنم وأنتم تعلمون "^(٣) .

- وجه الدلالة : تدل الآية للكرامة على أن الله تبارك وتعالى ينهى عن أكل أموال الناس بالباطل ، أو أخذها بما لا يحل شرعا .

فمعنى قوله تعالى : (ولا تأكلوا) أى لا تأخذوا ، ولا تتعاطوا .

وقوله تعالى : (بالباطل) يعنى بما لا يحل شرعا ، ولا يفيد مقصودا، لأن الشرع نهى عنه ، ومنع منه ، وحرم تعاطيه ، كالربا والغرر ونحوهما .

والباطل : ما لا فائدة فيه، ففى المعقول هو عبارة عن المعدوم ، وفى المشروع عبارة عما لا يفيد مقصودا^(٤) .

(١) صفوة التفاسير للشيخ الصابونى ج ١ ص ٢٧١ ط . دار الرشيد سوريا حلب ، أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٤٠٧ - ٤١٠ . ط عيسى البابى الحلبي بتحقيق محمد على البيهارى ، تفسير للقرآن العظيم لابن كثير ج ١ ص ٤٧٩ ، تفسير الجلالين ص ١٠١ ط . مصطفى البابى الحلبي ١٣٥٢هـ - ١٩٣٤ م .

(٢) اظمى لابن حزم ج ٩ ص ٤٣٥ .

(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٨٨) .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٩٧ .

وإذا تم البيع مع الجهل بحقيقة المبيع فإله يكون غررا ، ويؤدى إلى أكل المال بالباطل ، وهو منهى عنه ، فوجب أن يكون المبيع معلوما .

١٥٨ - وهى السنة النبوية الشريفة :

وردت أحاديث كثيرة ، تنهى عن الغرر والجهالة فى محل العقد ، وتوجب على البائع بيان حقيقة المبيع وإعلام المشتري بها ، وتقديم النصيح له ، بما يساعده على اختيار المبيع الملائم لحاجته .
ومن هذه الأحاديث :

١ - ما روى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر " (١).

- وجه الدلالة : يدل الحديث على النهى عن الغرر فى البيع ، والجهل بالمبيع ينطوى على الغرر ، فيكون منهيا عنه ، ويثبت وجوب العلم بالمبيع.

- وفى هذا يقول العلامة ابن رشد الحفيد : والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : " إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمنون (المبيع) أو بقدره " (٢). ويقول فى موضع آخر : " والغرر ينتفى عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود ، معلوم الصفة ، معلوم القدر ، مقدورا على تسليمه ، وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن " (٣).

(١) رواه مسلم انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢١٩ - ٢٢٠ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١١١ .

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ١٢٩ .

- ٢- ما أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن وائلة بن الأسقع رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله -ﷺ- " لا يحل لأحد أن يبيع شينا إلا بين ما فيه، ولا يحل لأحد علم ذلك إلا بينه" ^(١).
- وجه الدلالة: يدل الحديث على وجوب بيان ما فى المبيع من عيوب أو مواصفات لها تأثير على غرض المشتري من الشراء، وأن الالتزام بالبيان والإعلام يقع على عاتق البائع، وأيضا على عاتق كل شخص يعلم بعيوب المبيع ومواصفاته، ولو كان أجنبيا عن العقد.
- ويؤكد ذلك القصة التى روى فيها الحديث، وخلصتها: أن رجلا يقال له أبو سباع قال: اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع رضى الله تعالى عنه، فلما خرجت بها، أدركنى يجر إزاره فقال: اشتريت، قلت: نعم قال: بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة. قال: أردت بها سفرا، أو أردت بها لحما؟ قلت: أردت بها الحج. فقال: إن بخفها ثقباً ^(٢) فقال صاحبها: ما أردت إلى هذا أصلحك الله، تقصد على؟ قال: أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: " لا يحل لأحد أن يبيع شينا إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن علم ذلك إلا بينه" ^(٣).
- ٣- ما روى عن عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه قال: سمعت رسول الله له ﷺ يقول: "المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه" ^(٤).

(١) مسند الإمام أحمد ج ٢ ص ٤٩١، طه المينة، ليل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٠٣.

(٢) الثقب هو: رقة في خف البعير، يقال ثقب البعير بالكسر إذا رقت اخفافه. لسان العرب ج ٦ ص ٢٧٦٥.

(٣) الزواجر في النهي عن إقتراف الكبائر لابن حجر ج ١ ص ٤٥٩، ط أولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، مكتبة نزار الباز مكة المكرمة الرياض.

(٤) رواه ابن ماجه انظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٥.

وجه الدلالة : يدل الحديث على إلزام البائع ببيان عيوب المبيع وإعلام المشتري بها وقد صرح الفقهاء بأن الإعلام بالعيوب مطلوب على مسيل الوجوب ، فإذا لم يبينه البائع فهو عاص آثم^(١).

٤- ما رواه الإمام البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى ، عن حكيم بن حزام رضى الله عنه ، عن النبى ﷺ أنه قال : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما " . وهذا لفظ البخارى^(٢) .

- وجه الدلالة : يدل الحديث على فضل الصدق والبيان فى البيع ، وأنه سبب لتحصيل للبركة وعموم النفع ، وعلى نم للكذب والحث على منعه ، وأنه سبب لذهاب البركة .

ويقول العلامة ابن حجر العسقلانى فى التطبيق على هذا الحديث ، أن قوله ﷺ : " فإن صدقا وبينا " ، أى صدق البائع فى إخبار المشتري مثلا ، وبين العيب إن كان فى السلعة وصدق للمشتري فى قدر الثمن مثلا ، وبين العيب إن كان فى الثمن ، ويحتمل أن يكون الصدق والبيان بمعنى واحد ، وذكر أحدهما تأكيدا للآخر ، أما قوله ﷺ : محقت بركة بيعهما " فيحتمل أن يكون على ظاهره ، وأن شؤم التكليس والكذب قد وقع فى ذلك العقد ، فمحق بركتته ، وإن كان الصداق مأجورا ، والكاذب مأثورا ، ويحتمل أن يكون ذلك مختصا ، بمن وقع منه التكليس والكذب وكتمان العيب دون الآخر^(٣) .

٥- ما رواه الإمام البخارى عن عمر بن دينار رضى الله تعالى عنه قال " كان هاهنا رجل أسمه نواس ، وكانت عنده إبل هيم ، فذهب ابن عمر رضى الله

(١) المجموع شرح المهذب ج ١٢ ص ١١٦ ، الشرح الكبير على من القنع مع الفق ج ٤ ص ٨٥-٨٦ .

(٢) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ج ٤ ص ٢٨٥ ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢٤٩ .

(٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٤ ص ٢٨٦ دار الريان للتراث القاهرة ، ط أولى ١٤٠٧ هـ .

تعالى عنهما فاشترى تلك الإبل من شريك له ، فجاء إليه شريكه فقال : بعنا تلك الإبل . فقال : ممن بعناها ؟ فقال : من شيخ كذا وكذا . فقال ويحك ، ذاك والله ابن عمر ، فجاءه فقال : إن شريكي باعك إبلا ههما ولم يعرفك قال : فاستقها . قال : فلما ذهب يستقها ، قال : دعها ، رضيانا بقضاء رسول الله ﷺ - لا عدوى^(١) .

وجه الدلالة : يدل الحديث على وجوب إخبار البائع للمشتري بما في المبيع من عيوب ، أو صفات تنسم بالخطورة ، كالهيام في الإبل ، والذي يمكن أن يسبب أضرارا مالية للمشتري .

وفي معنى الهيم يقول العلامة ابن حجر الصقلاني : " والإبل الهيم : النسي أصابها الهيم - بضم الهاء وبكسر ها - ذاء تصير منه عطشى فلا تروى . وقيل الهيم : الإبل المطلية بالقطرون من الجرب فتصير عطشى من حرارة الجرب^(٢) .

٦- ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن تميم الداري رضي الله تعالى عنه ، أن النبي ﷺ - قال : " الدين النصيحة ، قلنا : لمن يا رسول الله ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعلمتهم^(٣) .

وما رواه جرير بن عبد الله رضي الله تعالى عنه بقوله : " بايعت رسول الله ﷺ على النصيح لكل مسلم^(٤) .

وجه الدلالة : يستفاد من الحديثين أن النصيحة واجب ديني على المسلمين بعضهم لبعض ، وبحيث تشمل كافة شئون حياتهم ومن ذلك المعاملة بالبيع ،

^(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ - ص ٢٨٦ كتاب البيوع ، باب شراء الأبل الميم أو الأجر .

^(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج٤ - ص ٣٧٦ .

^(٣) رواه مسلم انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج٢ - ص ٤٩ .

^(٤) رواه مسلم انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج٢ - ص ٤٨ - ٤٩ مؤسسة لرطب ، ط ثانية - ١٤١٤هـ .

فيجب على المتبايعين التناصح فيما بينهما بشأن محل العقد ، وأن يتعددا عن التدليس والغش والخداع .

وفى هذا يقول حجة الإسلام الإمام الغزالي : " لا يجوز للبلع أن يلبس على المشتري في سعر السوق ، أو يكتم عنه أمرا لو علمه لما أقدم على العقد ، ففعل ذلك من الغش الحرام المضاد للنصح الواجب ^(١) .

١٥٩ - ثانياً : مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة.

يمكن إقامة أحكام العلم بالمبيع على أساس مبادئ الشريعة الغراء وقواعدها العامة، التي تحث على الصدق والأمانة وحسن النية في المعاملات ، وتدعو إلى التعاون والتناصح بين المسلمين ، والتحرز عن الإضرار ببعضهم البعض، خاصة وأن هذه المبادئ أو تلك القواعد تقوم في حقيقتها على أصول تشريعية من القرآن والسنة .

ومن هذه المبادئ أو تلك القواعد ، ما يلي :

١٦٠ - واجب الصدق والأمانة في المعاملات .

توجب الشريعة الغراء على المتعامل أن يتحرى الصدق والأمانة في معاملته، وليس المراد من الصدق والأمانة الوصف بهما وصفا مطلقا، فهذا من خصوصيات الرسل عليهم الصلاة والسلام ، وإنما المراد من ذلك أن يكون المتعامل صادقا في قوله ، أميناً في معاملته ، وليس هذا خاصا بالعل التجاري فحسب، بل إن الصدق والأمانة من الصفات التي ينبغي أن يتحلى بهما كل مؤمن، مهما كان عمله ، وأيا كانت حرقته ^(٢) .

^(١) إحياء علوم الدين للغزالي ج٢ ص٨٦ ط ، ١٩٨٧ ، دار الريان للتراث .

^(٢) د/ يوسف قاسم ، العامل التجاري في ميزان الشريعة ص٣٧ ط الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ ، دار النهضة العربية .

ولقد وردت آيات كثيرة تحث على الصدق وتحذر من الكذب . منها قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين)^(١)، وقوله تعالى : (ولقد فتنا الذين من قبلهم فليظمن الله الذين صدقوا وليطمن الكاذبين)^(٢)، وقوله سبحانه وتعالى : (من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر وما بدلوا تبديلا ليجزي الله الصادقين بصدقهم ويعذب المنافقين إن شاء أو يتوب عليهم إن الله كان غفورا رحيمًا)^(٣) .

وجه الدلالة : يستفاد من هذه الآيات مدح الصدق والحث عليه ، وذم الكذب والنهي عنه .

كما وردت أحاديث كثيرة تحض على الصدق وترفع صاحبه ، وتذم الكذب وتحط صاحبه ، بل وتجعل الكذب سمة من سمات النفاق ، ومن هذه الأحاديث ما رواه الإمام مسلم وغيره ، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه -قال : قال رسول الله -ﷺ- : " عليكم بالصدق ، فإن الصدق يهدي إلى البر ، وإن البر يهدي إلى الجنة ، ولا يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقًا ، وإياكم والكذب ، فإن الكذب يهدي إلى الفجور ، وإن الفجور يهدي إلى النار ، وما يزال الرجل يكذب ويتحرى الكذب ، حتى يكتب عند الله كذابًا "^(٤).

^(١) سورة التوبة الآية رقم (١١٩) .

^(٢) سورة العنكبوت الآية رقم (٣) .

^(٣) سورة الأحزاب ، الآيات رقم (٢٣، ٢٤) .

^(٤) رواه مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٦ ص ٢٤٢ .

وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رسول الله -ﷺ- قال: " آية المنافق ثلاثة ، إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أئتمن خان "، متفق عليه، وزاد الإمام مسلم في رواية: " وإن صام وصلى وزعم أنه مسلم ^(١) ". وما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما ، أن النبی ﷺ قال : " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا أئتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خلصم فجر "، متفق عليه، وهذا اللفظ للبخارى ^(٢) . وما رواه إسماعيل بن عبيد بن رفاعه عن أبيه عن جده رضى الله عنهما أنه خرج مع رسول الله -ﷺ- إلى المصلى : فرأى الناس يتبايعون فقال: يا معشر التجار ، فاستجابوا له ، ورفعوا أعتاقهم وأبصروهم إليه ، فقال: "إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا ، إلا من اتقى وير وصدق ^(٣) ". وروى الإمام مسلم ، والترمذى، والنسائى، وابن ماجه ، عن أبى ذر رضى الله عنه ، أن النبی ﷺ قال : " ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ، ولا يزكّيهم ، ولهم عذاب أليم . قال : فقرأها رسول الله ﷺ ثلاث مرات ، فقال أبو ذر ، خابوا وخسروا . من هم يا رسول الله ؟ قال : المسبل ، والمنان ، والمنفق سلعته بالحلف الكاذب "، وهذا لفظ الإمام مسلم ^(٤) .

^(١) رواه البخارى ومسلم انظر فتح البارى يشرح صحيح البخارى ج١ ص١١١ ، صحيح مسلم يشرح النووى ج٢ ص٦٢ .

^(٢) رواه البخارى ومسلم ، فتح البارى يشرح صحيح البخارى ج١ ص١١١ ، صحيح مسلم يشرح النووى ج٢ ص٦٢،٦١ .

^(٣) أخرجه الترمذى وابن ماجه انظر : تحفة الأحولى يشرح جامع الترمذى ج٤ ص٢٢٢ ، ط. دار الفكر ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٢٦ .

^(٤) صحيح مسلم يشرح النووى ج٢ ص١٥١ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص٧٤٤-٧٤٥ .

وقد روى الإمام البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى ، عن أبى هريرة رضى الله عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : "الحلف منقبة للسلعة ، محقة للبركة" (١) .

وروى الإمام مسلم وابن ملجه ، عن أبى قتادة الأنصارى ، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : " إياكم وكثرة الحلف فى البيع ، فإنه ينفق ثم يحق " (٢) .
وجه الدلالة من الأحديث : يستفاد من هذه الأحديث أن التحلى بالصدق واجب شرعى ، وهو سبيل إلى عموم البركة ، وسبب لرضوان الله تبارك وتعالى ، كما يستفاد النهى عن الكذب ، وأنه علامة من علامات النفاق والفجور ، وسبب لمحق البركة ، وسبيل إلى الخسران المبين والعذاب الأليم .

وللمراد بالكذب : الإخبار بالشئ على خلاف ما هو عليه .
ومعنى ذلك أن الكذب يتحقق فى مجال التعامل بالإختبار عن أوصاف فى السلعة ليست فيها ، إذ هو كذب محرم ، فإن صاحب ذلك يمين كاذبة ، صارت الجريمة جريمتين ، وصار التصرف من كبائر الذنوب (٣) .
هذا عن فضل مراعاة واجب الصدق والامتناع عن الكذب أما عن الأمانة فإنها وإن كانت مرتبطة بالصدق ، إلا أنه قد ورد من النصوص الشرعية ما يرفع قدرها ويعطى شأنها ، بحيث يجب على المتعامل أن يكون أميناً .
ومن هذه النصوص قول الله تبارك وتعالى : ((إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعماً

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان جـ ٢ ص ١٥٦ ، دار الجيل بيروت ط ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٦٢ ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٥ .

(٣) د/ يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص ٣٨ .

يعظمكم به ، إن الله كان سميعا بصيرا ^(١) وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون) ^(٢) .
 وقوله تبارك وتعالى : (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) ^(٣) .
 وجه الدلالة : تدل الآيات الكريمة على وجوب أداء الأمانة ومراعاة التحلى بها ، والنهي عن خيانتها ، وفيها مدح للشخص الأمين ونم للخالن .
 ومن السنة : ما رواه الإمام الترمذى بسند حسن ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : " التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء " ^(٤) .
 وجه الدلالة : يدل الحديث الشريف على عظم للصدق والأمانة ، وأن التاجر الذي يتحلّى بهما ، يرتفع إلى مرتبة للنبيين والصديقين والشهداء في الدرجات العلى .

١٦١ - مبحثاً أحسن النية .

استلزمَت الشريعة الإسلامية توافر حسن النية في إنشاء العقود وتنفيذها، بل جعلت حسن النية أساساً من الأسس التي يعتمد عليها في تفسير العقود أيضاً، ولذلك فإن الشريعة نبذت كل غش أو تدليس أو تغرير، وكل ما يعيب العقد من ناحية حسن النية ويصيب الرضاء كذلك ^(٥) .
 ويدل على أهمية حسن النية وأنها معتبرة في التصرفات ، ما رواه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى ، فمن كانت

(١) سورة النساء الآية رقم (٥٨) .

(٢) سورة الأنفال الآية رقم (٢٧) .

(٣) سورة المؤمنون الآية رقم (٨) ، وسورة الماعز الآية رقم (٣٢) .

(٤) تحفة الأحرار بشرح جامع الترمذى ج٤ ص ٣٢١-٣٢٢ ، ط ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، دار الفكر ،

سنن الترمذى ج٢ ص ٦٩٧-٦٩٨ دار القلم دمشق ط ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

(٥) د/ عبد الحميد محمود البلي ، الطبيعة المتميزة للعقود وضوابطها في الفقه الإسلامي ج١ ص ٢٩ .

هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته
لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه^(١) . وقد بين
ذلك الإمام الشاطبي بقوله : " إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في
التصرفات "^(٢) ويقول العلامة ابن القيم : " إن القصد روح العقد مصححه
ومبطله ، والنية روح العمل ولبه وقوامه "^(٣) . ومراعاة حسن النية في
إبرام العقد وتنفيذه توجب على البائع أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن
يتنافى مع حسن النية ، ولذلك يجب عليه أن يمتنع عن الغش والتدليس
والتقيرير وكتمان العيوب ، لأن هذه الأمور تتنافى مع حسن النية ، بل وتدل
على سوء نية البائع ولذلك يجب عليه أن يظهر حقيقة المبيع وأن يعلم
المشتري بخصائصه ومواصفاته .

ويؤكد ذلك الحديث الذي رواه الإمام مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه ،
عن أبي هريرة رضى الله عنه تعالى عنه " أن رسول الله ﷺ مر على
صبرة طعام ، فأدخل يده فيها فمالت أصابعه بلالا ، فقال : ما هذا يا صاحب
الطعام ؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال : أفلا جطته فوق الطعام
كى يراه الناس ، من غش فليس منى " ، واللفظ للإمام مسلم^(٤) .

^(١) رواه الشيخان ، البخارى ومسلم ، انظر : رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للعلامة النووي ٩- ط١ ،
١٤٤٠هـ - ١٩٨١ م .

^(٢) الموافقات في أصول الأحكام ، لأبي إسحاق الشاطبي ج٢- ص٣٢٥ ط١ . دار إحياء الكتب العربية عيسى
الباني الحلبي . والإمام الشاطبي ، هو : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الفرناطي الدار الشهير
بالشاطبي . الإمام الحافظ الجليل المجتهد ، من أفراد اخفقيين الأئيات وأكابر المفتين فقها وأصولا وعربية وغيرها ،
من مؤلفاته " الموافقات " في أصول الفقه . و " الاعتصام " في انكار البدع . تولى سنة ٧٩٠هـ - . تسمين
وسماعة . راجع : فهرس القاهرة ج١- ص١٣٤ ، الفكر السامي للتحالي ج٢- ص٢٤٨ .

^(٣) أعلام الموقنين لابن القيم الجوزية ج٣- ص١١٠ الطبعة الثانية ١٩٧٧ م ، دار الفكر بيروت - لبنان ،
يتحقق على الدين الخلد .

^(٤) رواه مسلم ، انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج٢- ص١٤٣ .

وجه الدلالة : ينهى الحديث البائع عن كل قصد يؤدي إلى غش الناس وخديعتهم ، لأنه يتنافى مع حسن النية الواجب ، كما يأمره بالقيام بالفعل التي من شأنها إظهار حقيقة المبيع ، حتى يراه المشتري ويعلم به . ويشير الحديث أيضا إلى جواز الإعلام بالعيوب ، بالفعل المجزئ عن صريح القول^(١).

١٦٣ - قاعدة : "الضرر يزال" ^(٢) .

وهي القاعدة المستفادة من الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار" ^(٣) ومن قوله ﷺ : " من ضار أضر به" ^(٤) .
يستفاد من هذه القاعدة ، أنه لا يجوز الإضرار ابتداء ، أى لا يجوز للإنسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله ، لأن الضرر ظلم ، والظلم محرم في جميع الشرائع^(٥).

وإذا طبقنا هذه القاعدة في مجال التعاقد ، فبأنها توجب على كل متعاقد ، أن يمتنع عن الإضرار بالمتعاقد الآخر ، وأن يندأ عنه الضرر بقدر الإمكان لأن التعاقد شرع وسيلة لتحصيل النفع والفائدة للمتعاقدين ، لا لإلحاق الضرر بهم ، ولذلك أوجبت الشريعة الغراء على البائع الكشف عن حقيقة المبيع ، وإعلام المشتري به ، منعا للإضرار به ورفع الظلم عنه ، فإذا حدث وكنتم البائع ببياتات المبيع وأخفى عيوبه عن المشتري ، مما أدى إلى إلحاق

^(١) الموسوعة الفقهية الجزء العشرون ص ١١٥ .

^(٢) الأخباة والنظائر على مله الإمام أبي حنيفة النعمان ، لابن نجيم ، القاعدة الخاصة ص ٨٥ ط . عيسى الحلبي ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م . الأخباة والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي القاعدة الرابعة ص ٩٢ ط . دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .

^(٣) رواه ابن ماجه ، انظر : متن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ .

^(٤) رواه ابن ماجه ، انظر متن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٥ .

^(٥) د/ عبد الكريم زيدان للدخل للدراسة الشريعة الإسلامية ص ٨٢ و ٨٣ .

الضرر به، ففي هذه الحالة يجب تطبيق القاعدة السابقة لرفع الظلم والضرر عن المشتري، بتحويل المشتري الحق في فسخ العقد، ورد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن، بل وتضمن البائع جبراً للضرر الذي لحق بالمشتري لو بماله.

١٦٣- وأجبه التعاون والتناصح بين المسلمين.

حرصت الشريعة الغراء على نبذ الرزائل وإرساء الفضائل في التعامل بين الناس ليزداد الخير وتعم البركة، فأوجبت التعاون والتناصح بين المسلمين في معاملاتهم، بل وفي كافة شئون حياتهم، وقد ورد كثير من النصوص التشريعية التي تحت على ذلك، منها: قوله تبارك وتعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان، واتقوا الله، إن الله شديد العقاب)^(١). وقوله تعالى: (كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله)^(٢).

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله تبارك وتعالى يأمر المسلمين بالتعاون على فعل كل ما يؤدي إلى البر وتقوى الله تعالى، وينهاهم عن التعاون على ما فيه الإثم والعدوان، وينتئى عليهم بالخير لاتباعهم لذلك.

ومن السنة المطهرة، ما رواه الإمام مسلم عن أبي رقية-تميم بن أوس الداري-رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: "الدين النصيحة. قلنا: لمن يا رسول الله؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم"^(٣).

وما روى عن ابن حبان، أنه قال: قال رسول الله ﷺ: "المؤمنون بعضهم لبعض نصيحة، وأدون وإن بدت منازلهم وأبدانهم، والفجرة بعضهم لبعض غششه متخولون، وإن قربت منازلهم وأبدانهم"^(٤).

(١) سورة المائدة الآية رقم (٢).

(٢) سورة آل عمران الآية رقم (١١٠).

(٣) صحيح مسلم بفتح النوى ج٢ ص ٤٩.

(٤) الزواجر في النهي عن إغراق الكبار لابن حجر العسقلاني ج١ ص ٤٦.

وجه الدلالة : يستفاد من الحديثين ، وجوب النصيحة على المسلمين بعضهم لبعض ، لأنها قوام الدين ، وسمة حسنة من سمات المؤمنين ويتطابق واجب التعاون والتناصح بين المسلمين في مجال التعاقد ، يتضح أنه يجب على البائع أن يعاون المشتري في اختيار الشيء المناسب لحاجته وأن يبين له حقيقته ، وأن ينصحه بالطريقة الصحيحة لاستخدامه ، وأن يحذره من مخاطره فكل ذلك من التعاون على الخير والنصح الواجب .

المطلب الثالث

مقارنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى بخصوص أساس العلم بالمبيع

١٦٤- يتضح مما تقدم أن هناك اختلافا واضحا بين الأسس التى يقوم عليها نظام العلم بالمبيع فى القانون المدنى عنها فى الفقه الإسلامى .

فى القانون المدنى: يقوم حق المشتري فى العلم الكافى بالمبيع ، على أساس نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى وهو ما يجمع عليه فقهاء القانون، ولا يخفى أن المصدر التاريخى لهذه المادة هو نظام خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى .

وقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون حول الأساس الذى يقوم عليه التزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع .

فبينما يرى بعض الفقه تأسيسه على بعض النصوص القانونية ، كنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، ونص المادة (٤٦٨) مدنى كويتى، والنصوص الخاصة بحماية وإعلام المستهلك فى القانون الفرنسى ، بحيث يعتبر الالتزام بالإعلام التزاما قانونيا .

ذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيسه وإقامته على أساس التزامات عقدية أصلية فى عقد البيع ، كالالتزام بالضمان ، والذى يبدأ تنفيذه بقيام الضامن بإعلام الطرف الآخر بحقيقة الشيء محل التعاقد، والالتزام بالتسليم بحيث يكون الالتزام بالإعلام تابعا له وملحقا به، والالتزام بضمان السلامة، بحيث يعتبر الالتزام بالإعلام من الوسائل التى يجب أن يتخذها البائع لتنفيذ التزامه بضمان السلامة على الوجه الأكمل.

وبينما يرى جانب من الفقه إقامة الالتزام بالإعلام على أساس نظرية عيوب الرضاء، لأن كتمان البيّنات والمطومات لها تأثير على رضاء الطرف الآخر بالتعاقد.

يرى بعض الفقه تأسيس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية حسب المادة (٣/١١٣٤) مدنى فرنسى والمقابلة للمادة (١/١٤٨) مدنى مصرى، وبحيث يساعد الالتزام بالإعلام على امتداد مبدأ حسن النية من مجال تنفيذ العقد، إلى مرحلة إبرامه.

ويرى بعض الفقه إقامة الالتزام بالإعلام على أساس نص المادة (١١٣٥) مدنى فرنسى، والمقابلة للمادة (٢/١٤٨) مدنى مصرى، بحيث يصبح الالتزام بالإعلام من مستلزمات التعاقد.

وأخيرا يرى بعض الفقه تأسيس الالتزام بالإعلام على الالتزام بالتعاون، الواجب مراعاته بين المتعاقدين.

وفى الفقه الإسلامى :

رأينا أن نظام العلم بالمبيع يقوم على أسس تشريعية راسخة فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

حيث تضافرت للتصوص والأئمة الشرعية فى القرآن الكريم على وجوب التراضى فى البيع ، وتحريم أكل المال بالباطل، والتراضى لا يمكن أن يتم إلا على شئء معلوم، كما أن الجهل بالمبيع يجعل التعاقد يقوم على الغرر الذى يؤدى إلى أكل المال بالباطل، وهو منهى عنه، فوجب أن يكون المبيع معلوما.

كما وردت أحاديث نبوية كثيرة تنهى عن الغرر والجهالة فى البيع، وتوجب على البائع بيان حقيقة المبيع والكشف عن عيوبه، وإعلام المشتري بها، وتقديم النصح له.

كما يقوم نظام العلم بالمبيع على أساس مبادئ الشريعة الغراء وقواعدها العامة، كواجب الصدق والأمانة في المعاملات ، والذي يفرض على البائع أن يكون صادقا في قوله وإخباره عن حقيقة السلعة ، وأن يكون آمينا في معاملته، لأن التحلي بالصدق واجب شرعى ، وهو سبب لعموم البركة، بينما الكذب علامة على النفاق والفجور، وسبب لمحق البركة، وسبيل إلى الخسران والعذاب الأليم. ولذلك مدح الله تبارك وتعالى الصدق وحث عليه، ونم الكذب ونهى عنه.

وبصدق البائع وأمانته في الإخبار عن حقيقة السلعة، يرتفع قدره إلى مرتبة النبيين والصديقين والشهداء في الدرجات الطي.

كما يقوم نظام العلم بالمبيع على مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية، والذي ينهى البائع عن الغش والتكليس وكتمان العيوب التي في السلعة، وكل ما يتنافى مع حسن النية الواجب .

وقاعدة "الضرر يزال" ، والتي توجب على المتعاقد أن يمتنع عن الإضرار بالمتعاقد الآخر، لأن الضرر ظلم، وهو منهى عنه.

ومبدأ التعاون والتناصح بين المسلمين ، والذي يفرض على البائع أن يتعاون مع المشتري بتقديم المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلعة ، ونصحه بالطريقة المثلى لاستخدامها ، وتحذيره من أخطارها ، فكل هذا من التعاون على البر والنصح الواجب.

وبذلك يظهر الفرق بين القانون المدني والفقه الإسلامى ، فى قيام أحكام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى على أسس تشريعية راسخة.

المبحث الثاني شروط العلم بالمبيع

١٦٥- تمهيد وتقسيم :

نتناول في هذا المبحث بيان الشروط والضوابط التي يجب توافرها لقيام نظام العلم بالمبيع ، بتقرير الحق للمشتري في العلم الكافي ، وفرض التزام على عاتق البائع بإعلامه بكافة البيانات الضرورية عن المبيع .

ونوضح هذه الشروط في القانون المدني والفقه الإسلامي، ثم نعد مقارنة بينهما ، وذلك في ثلاثة مطلب على النحو التالي :

- المطلب الأول : شروط العلم بالمبيع في القانون المدني .
- المطلب الثاني : شروط العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثالث : مقارنة .

المطلب الأول

شروط العلم بالمبيع لدى القانون المدني

١٦٦- تمهيد :

تقرير الحق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع ، وفرض التزام على عاتق البائع بإعلامه ، لم يكن من باب المجابة للمشتري على حساب البائع ، بل يقصد معالجة الاختلال الظاهر في المراكز العقدية ، والنتيجة عن ضعف المشتري وقلة خبرته ودرأيته بحقيقة المبيعات وحرصا على تحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين في العلم بمحل العقد ، ولذلك فإن الأمر لم يكن على إطلاقه ، بل لا بد من توافر ضوابط معينة وشروط محدده ، تتمثل في التحقق من توافر أمرين :

- ١- جهل المشتري بحقيقة المبيع ، على أن يكون هذا الجهل مشروعاً ، وتبرره اعتبارات معينة .
- ٢- علم البائع ببيانات ومواصفات المبيع ، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد .
- ونتناول بيان ذلك على النحو التالي :

١٦٧- الشرط الأول: أن يكون المشتري جاهلاً بحقيقة المبيع، على

أن يكون هذا الجهل مشروطاً، وتبرره اعتبارات معينة.

إذا كان المشتري جاهلاً بحقيقة المبيع، ثبت له الحق في الطم الكافي به، وقام على عاتق البائع التزام بإعلامه بكافة البيانات الضرورية عنه، وإلا كان للمشتري الحق في طلب الإبطال، وفقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى، كما قد تترتب مسؤولية البائع إذا لحق المشتري ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه بالإعلام.

ولكن ليس للمشتري أن يتنزع بالجهل في أى حالة، ليلقى على عاتق البائع بالالتزام بالإفشاء بكافة البيانات والمواصفات الضرورية عن المبيع، ويحمله جزاء الإخلال به، لأن الأصل أن على كل متعاقد أن يبذل جهده المعقول للتحري والتحقق من البيانات والمعلومات المتطعة بالعقد المراد إبرامه^(١)، بل يلتزم المشتري بالاستعلام عن مواصفات وبيانات المبيع، كلما كان ذلك ممكناً، فإن لم يفعل فلا يلومن إلا نفسه^(٢).

وقد قررت الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، على عاتق المشتري المهنى واجبا بالاستعلام بنفسه، حول شروط استخدام الشيء المبيع^(٣)، وأغت الدائرة لثلاثة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية البائع من المسؤولية في مواجهة المشتري عن العيوب والمواصفات التي يسهل على المشتري الاستعلام عنها ومعرفتها بنفسه^(٤).

(١) د. نزيه محمد الصادق النلهدى، المرجع السابق ص ٨١.

(2) (patrice) JOURDAIN "Le devoir de se renseigner", D, 1983, chron, P 139, (philippe) le tourneau. De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D, 1987 chron, P101., luc Bihl, op. Cit n° 265 P130.,

(J) Ghestin et (B) DESCHÉ, op. Cit, n° 136 et 137 pp. 147 et 148.

(3) Cass 1er, civ, 11 juin 1980, Bull, civ., 1, n° 186, p151.

(4) Cass 3e civ, 3 mai 1989, Bull. Civ, III n° 101, p56., D, 1990 p117 note, TOURNAFOND.

وبحيث يجب على المشتري أن يتخذ موقفا إيجابيا ، بإظهار الحرص وبذل العناية اللازمة للتحري والاستعلام ، والتحقق من البيانات والمواصفات التي يهيم العلم بها .

ويرى بعض فقهاء القنوت الفرنسي^(١) أن للزام المشتري بالاستعلام، يوجب عليه القيام بما يلي :

١- التنبؤ بالاحتياطات التي يجب اتخاذها عند استخدام المبيع، بحيث يستعمل فكرة ومصاخره المطلقة، لتحديد التصرف الذي يسمح بالاستعمال الصحيح والمطابق للشيء.

٢- القيام بالاختبارات وإجراء الفحوصات والتحريات ، التي تسمح له بمعرفة الاحتياطات التي يجب مراعاتها .

٣- الاستعلام من البائع أو الصانع أو الغير عن شروط استخدام الشيء المبيع، عندما لا يستطيع التوصل بنفسه إلى معرفة الاحتياطات التي يجب أخذها عند استعماله .

ولرى أن عبء الاستعلام المفروض على علق المشتري في هذه الحالة، لا يقف عند حد الاستعلام عن طريقه استخدام المبيع ، والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستخدام ، بل يمتد ليشمل الاستعلام عن كافة المواصفات التي يهم المشتري العلم بها، مادام في استطاعته الاستعلام عنها ومعرفة ما بنفسه.

وفرض الالتزام بالاستعلام على علق المشتري، إنما يكون بالنظر إلى درجة تخصصه وخبرته بالنسبة إلى البائع، بحيث لا يقوم الالتزام بالاستعلام على علق المشتري العادي قليل الخبرة والدراسة Profane، بل

(1) (Sophie) D10N, note Sur, cass 1er civ. 23 AVRil 1985, D, 1985, P. 562.

يقع على عاتق المشتري المهني المتخصص مع مراعاة درجة تخصصه^(١)، إذ قد لا يسمح تخصص المشتري له بالاستعلاء بنفسه والتعريف على التركيبات الدقيقة والمعقدة للشيء المباع.

وفي هذا الصدد أكدت الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف الذي قرر مسؤولية صانع المنتج ، لإخلاله بالتزامه بالإعلام بمواصفات المباع وتركيباته المعقدة ، والاحتياطات التي يجب أخذها عند استخدامه، وذلك في مواجهة المشتري وهو رسام مشهور كان قد اشترى مادة دهان ، لاستخدامها في رسم اللوحات التي يقوم ببيعها. وبعد فترة وجيزة اشتكى عمالؤه من حدوث تشققات في اللوحات ، وفصلال مادة الدهان عن اللوحة . واعتبرت محكمة الاستئناف أن تخصص الرسام في فن الرسم ، وما له من مواهب وملكات خاصة ، لا يتضمن بالضرورة تخصصه وخبرته في مادة الرسم ، والمكونة من المنتجات المختلفة التي وضعها الصناع في تركيبها، ولم تبحث المحكمة ما إذا كان يجب على الرسام الاستعلاء عن مادة الدهان، أو إجراء تجارب واختبارات بشأنها^(٢)، إذ لا يفترض في الشخص المتخصص في فن أو مهنة معينة، أن يكون عالما بحقيقة المنتجات التي يستخدمها ، وإلا نطلبنا من المزارع أن يكون لديه نفس خبرة صانع السماد ، وأن يكون لدى مشتري الثوب نفس خبرة الصباغ^(٣) .

ومن ثم فإن الالتزام بالاستعلاء لا يقوم بحسب الأصل على عاتق المشتري العادي قليل الخبرة والدراية ، فمثل هذا المشتري يكون جديرا بالحماية، بحيث يستفيد من قرينة الجهل المشروع *Présomption d'ignorance légitime* خاصة عندما يكون في مواجهة بائع مهني متخصص ، يمكن أن يضع فيه

(1) (Sophie) DION, la note précitée, D, 1985, pp 561 et 562.

(2) Cass 1er civ, 23 AVRil 1985, Bull, civ, 1985, 1, n° 125 p115.

(3) Sophie DION, note précitée, D, 1985, p 561.

كل ثقته، وذلك بخلاف المشتري المتخصص ، فلا يستفيد من هذه القرينة، وإن كان يستطيع أن يثبت أنه كان يستحيل عليه الاستعلام^(١).

ولكن هذا لا يعنى إعفاء المشتري العادى من الالتزام بالاستعلام كلية، بل يجب عليه أن يتعاون مع البائع ، ولو بإجراء الحوار معه ، والكشف له عن حاجته ومتطلباته^(٢)، كحاجة المشتري إلى استخدام المبيع فى أغراض خاصة^(٣) وبحيث يعفى البائع من المسؤولية إذا كان يجهل الغرض الخاص، الذى ينوى المشتري استعمال الشئ فيه^(٤).

وبذلك تحدد المحاكم مدى إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، بالمقارنة بسلوك المشتري ، ومدى جديته فى إجراء الفحوصات والتحققات عن الشئ المبيع قبل إبرام العقد^(٥).

ولكن يلاحظ أن التشدد فى فرض الالتزام بالاستعلام على عاتق المشتري، قد يخل بالسلامة اللازمة له من أضرار المنتجات^(٦).

ولذلك أرى قصر الالتزام بالاستعلام على المشتري الذى تتوافر لديه إمكانية الاستعلام عن المبيع بوسائله الخاصة .

وعادة يترك لقضاة الموضوع سلطة تقدير مدى توافر الأهلية الخاصة للمتعاقدين، للاستعلام بنفسه وتقدير مدى انتظار واجب الاستعلام منه^(٧).

(1) (patrice) jourdain, article précité, p142,
yves PICOD, op. Cit, n° 106, p125.

(2) (yves) PICOD, op. Cit, n° 106 p126., cass 1er, civ, 7juin, 1995, Bull civ 1, n° 251p 176,
cass 1^{re} civ, 20 juin 1995, Bull civ. 1, n°s 276 et 277, pp 191 et 192.
R.T.D.Com, 1996, n° 3 pp104 et 105 obs, B. Bouloc.

(3) (Vassille) CHRISTIANOS, thèse précitée, pp 88 et 206.,
CHEMEL, thèse précitée, p 87.

(4) CHEMEL, thèse précitée, p 87.

(5) (luc) BIRL, op. Cit, n° 265 p131,
Cass civ, 11décem, 1975 J.C.P, 1977,II,18531., obs, philippe MALINVAUD.

(6) (Jerôme) HUET, op. Cit, n° 11268, p° 217.

(7) (Jacques) Mestre, Des limites de l'obligation de renseignement, R.T.D. civ, 1986, p341.,

(p) jourdain, article précité, D, 1983, chron p142 .

والاستعلام المطلوب من المشتري قد تحول دونه اعتبارات وحالات خاصة، تجعل هذا الاستعلام مستحيلا ، بحيث يكون جهل المشتري بحقيقة المبيع جهلا مشروعا، يبرر قيام الالتزام بالإفضاء ببيئتك ومواصفات المبيع على علق البائع لصالح المشتري ، وإلا كن مسئولوا عن الإخلال به . ويؤكد فقهاء القاتون الفرنسي على أن هناك مبدأ يقضى بوجود التزام بإعلام المتعاقد الذى لا يستطيع الاستعلام^(١) .

والاستحالة التى قد تواجه المشتري ، وتحول دون استعلامه ومعرفة بالمبيع ، قد تكون استحالة موضوعية ، ترجع إلى طبيعة الشيء محل العقد، وقد تكون استحالة شخصية ، ترجع إلى شخص المشتري ذاته .

- فالاستحالة الموضوعية : l'impossibilité objective

توجد عندما يستحيل على المشتري الاستعلام عن المبيع ومعرفة حقيقته، بسبب طبيعة المبيع الخاصة أو وضعه المميز وسواء تعلق الأمر بوضع الشيء المادى أم بوضعه القانونى .

حيث ينشأ فى هذه الحالة للزام على علق البائع بإعلام المشتري بالبيئات والمواصفات المتعلقة بالشيء المبيع .

وسبب نشأة الالتزام بالإعلام فى هذه الحالة ، هو استحالة علم المشتري بهذه البيئات ، بسبب الحييزة المادية للشيء بواسطة البائع^(٢)، ومن ثم لا يقوم الالتزام بالإدلاء بالبيئات ، حين لا تتحقق استحالة العلم المذكورة^(٣).

^(١) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 497 p545,
(J) Ghestin et (B) DESCHÊ, la vente, op. Cit, n° 138, p148.,
(yves) BOYER. Thèse précitée n° 178, p254;,
(jean) ALISSE, thèse précitée, n°s 87 et 88, pp. 78et 79.

^(٢) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 498 p 546.,
(J) Ghestin et (B) DESCHÊ, la vente, op. Cit, n° 138 p 148,
(yves) BOYER. Thèse précitée, n° 179 pp 254 et 255.

^(٣) د. نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ص ٨٥ .

ويضرب بعض الفقه المصري مثلا لعدم تحقيق الاستحالة ، بحالة نقل الحيازة حكما ، أى التسليم الحكمي ، عندما يكون الشيء محل عقد البيع داخلا فى حيازة المشتري العرضية ، بوصفه مستأجرا أو مستعيرا مثلا، ثم يشتره فيتحول إلى حائز قاتونى بصفته مالكا ، وفى هذه الحالة لا ينشأ الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالوضع القانونى ، أو الصفات المادية للشيء المبيع على علق البائع ، لأن المشتري كان يعلم بهذا الوضع أو تلك الصفات ، بسبب حيازته السابقة على عقد البيع^(١).

ومن جاتى لا أؤيد هذا رأى على إطلاقه ، لأنه إذا كان سبق الحيازة للشيء المبيع من قبل المشتري قبل الشراء يفترض معها علم المشتري بأوصاف المبيع المادية ، لاستطاعته التحقق من الوضع المادى للشيء المبيع ، إلا أنه لا يفترض فى المشتري العلم بالوضع القانونى للشيء رغم حيازته له ، لأنه من الجائز أن يجرى البائع بعض التصرفات القانونية التى تنقل المبيع بحقوق أو ارتفاعات لصالح الغير ، دون أن يعلم المشتري بها، رغم وجود المبيع فى حيازة المشتري قبل الشراء. ولذلك يظل التزام البائع بإعلام المشتري بالوضع القانونى للشيء المبيع قائما ، بسبب وجود استحالة العلم به من قبل المشتري .

والاستحالة الشخصية : L'impossibilité subjective

تتحقق عندما يستحيل على المشتري معرفة حقيقة المبيع ، نتيجة لعدم درايته أو خبرته ، بصدد الشيء الذى يقدم على شرائه وبحيث ترجع استحالة العلم إلى عدم الكفاءة أو المقررة للشخصية للمتعاقد^(٢).

^(١) د. تزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ص ٨٦ .

^(٢) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 499 p547.,

(J) Ghestin et (B) DESCHÉ, la Vente, op. Cit n° 138, p 148.

واختلف فقهاء القانون حول تحديد المعيار الذى يتم فى ضوءه تقرير وجود هذه الاستحالة الشخصية .

فذهب بعض الفقه الفرنسى الى ترجيح المعيار الذاتى لتقرير وجود الاستحالة الشخصية^(١)، بحيث يجب الاعتداد بالاستحالة الشخصية التى تقوم أمام المشتري وتمنعه من التعرف على حقيقة المبيع ، تلك الاستحالة الراجعة إلى وضعه الخاص ، وعدم خبرته أو قلة درايته بصدد محل العقد المراد إبرامه فتقدير وجود هذه الاستحالة أو عدم وجودها يتم وفقا لمعيار شخصى، يأخذ فى الاعتبار كافة ظروف هذا المشتري الشخصية ، دون أن يقيسه بمسلك الرجل العادى .

بينما ذهب جانب آخر فى الفقه الفرنسى الى ترجيح المعيار الموضوعى^(٢)، بحيث لا يعتبر جهل المشتري مشروعا ، ومن ثم يلقى على عاتق البائع بالالتزام بالإعلام ، إلا إذا أثبت المشتري أنه بذل العناية اللازمة، التى يبذلها الرجل العادى من أجل الاستعلام عن هذه البيانات، ثم استحاله عليه رغم ذلك العلم بها . فلا يقوم التزام البائع بالإعلام ، إلا بعد قيام المشتري بواجبه فى الاستعلام.

ويرى بعض فقهاء القانون المبنى المصرى ضرورة الاعتداد فى هذا الصدد بمعيار واقعى مزدوج ، يمزج بين التقديرين للشخصى والموضوعى، بحيث يتقيد بظروف المتعاقد الشخصية ، فى ضوء الملابس الموضوعية للتعاقد^(٣)، وهو الراجح فى رأى.

(١) (jacques) GHestin, la notion l'erreur dans le droit positif actuel, thèse de doctorat, paris. 1962, 2e éd, 1971, n° 119 p146.

(jean) ALISSE thèse précitée, n° 150, p129.

M. de juglart, article précité, n°s 17 et 18, p.9.

(٢) lucas De LEYSSAC, article précité, n° 36 p326.

(٣) د. تزية محمد الصادق المهدي . المرجع السابق ص ١٦٩ و ١٨٣ .

ويلاحظ ، أن توافر صفة الاحتراف ، أو التخصص الفنى *qualité de spécialiste ou la compétence technique* ، لدى أحد المتعاقدين ، وما تفرضه من وجود ثقة خاصة بين الطرفين من أهم الاعتبارات التى يجب مراعاتها عند تقدير وجود الاستحالة ، حيث يجمع فقهاء القانون المدنى على أن صفة الاحتراف فى أحد المتعاقدين هى من أهم أسباب وجود الاختلال الفادح فى العلم والمعرفة بين الطرفين ، بما يستدعى إلقاء التزام على عاتق المحترف بالإفضاء للطرف الآخر بكافة البيانات والمعلومات التى تضعه معه على قدم المساواة فى العلم والمعرفة^(١).

ولم يكتف فقهاء القانون بوجود الالتزام السلبى ، الملقى على عاتق المنتج (الصانع) والباع المحترف ، بعدم خداع المستهلك بل طالبوا بضرورة فرض التزام إيجابى على عاتق المنتج والباع المحترف ، بالإفضاء للمستهلك عند إبرام العقد بكافة البيانات والمعلومات اللازمة لتوفير رضائه وإعطائه فكرة كاملة وصحيحة عن العقد المراد إبرامه^(٢).

فالفقه يؤكد على أنه رغم عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بين الصانع ومشتري المنتجات ، إلا أن الصانع ملتزم فى هذا الصدد بالتزام بإعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بخصائص وأوصاف وطرق استعمال المنتجات المصنوعة . وهو التزم بوسيلة يتكلفه ببذل عناية الرجل العادى^(٣).

وذلك ما أكده قضاء للنقض الفرنسى حيث تشدد مع الباع المحترف فى التزامه بالإفضاء بالمعلومات ، بالنظر لكونه صانعاً أو بائعاً محترفاً يتعاقد

(١) (Yves) BOYER. Thèse précitée, n° 233 pp 322 et 323.,

(J) G Hestin, les obligations, op. Cit, n° 504, p 555.,

(Yves) PICOD, op. Cit, n° 98 p 116.,

(J) SCHMIDT, note sous civ. Rennes, 9 Juillet 1975, D, 1976, P. 417.

(٢) (Jean) ALISSE, thèse précitée n° 137 et 147 pp 116 et 126,

(Guy) VENANDET, thèse précitée, n° 96, p. 111 ets.

(٣) (J) REVEL, thèse précitée, pp. 132 et 213.

مع مشتري عادي^(١) ، بينما خفف من التزام البائع المحترف بالإفشاء ، إذا كان يتعاقد مع شخص محترف مثله^(٢) .

٦٨- القدر الثاني : أن يكون البائع عالما ببيانات ومواصفات المبيع ، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد .

لا يكفي أن يكون المشتري جاهلا بحقيقة المبيع ، حتى يقوم الالتزام بالإعلام على علق البائع ، بل يجب كذلك أن يكون البائع عالما ببيانات ومواصفات المبيع ، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه .

فإذا كان كل واحد من المتعاقدين يجهل بيانات المبيع ، فلا يمكن تحميل أحدهما بالالتزام بالإعلام^(٣) . ومن ثم فالعقد لا يمكن الطعن فيه فسى هذه الحالة إلا على أساس المادة (١٢٠) منسى مصرى والمقابلة للمادة (١١١٠) منسى فرنسى ونكون بصدد حالة من حالات القسط الذى يسمح بطلب إبطال العقد^(٤) .

وإذا أراد المشتري التمسك بطلب الإبطال للقسط الجوهري ، أو للكتمان التديسى المترتب على إخلال البائع بالتزامه بالإفلاء ، فإنه يقع على عاتقه فى هذه الحالة عبء إثبات أن البائع كان يعلم ببيانات ومواصفات المبيع ، وبمدى تأثير عدم الإفلاء بها على إرادة المشتري بإيقاعه فى القسط ، أو أنه كان على الأقل من السهل عليه أن يتبين ذلك^(٥) .

وذلك ما قررته محكمة النقض الفرنسية ، حيث ألقت على عاتق الدائن بالالتزام بالإعلام عبء إثبات علم الطرف الآخر بالبيانات اللازمة^(٦) .

^(١) cass 3e civ, 7 Fév, 1973, Bull. Civ, III n° 109 pp 78 et 79.

^(٢) cass 4-e com, 20 juillet, 1973, Bull civ, IV, n° 264 p 236.

^(٣) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 489 p 538.

^(٤) د/. نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ص ٢٤٢ .

^(٥) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 489 p 538.

^(٦) Cass civ, 21 octo- 1974, J.C.P, 1975, II, 19176.

أما إذا كان البائع محترفا، فله يفترض علمه بالبيانات الضرورية عن المبيع ، ولا يمكنه أن يدعى الجهل بها^(١).

ويؤكد بعض فقهاء القانون الفرنسي على أن صفة الاحتراف المتوافرة لدى أحد المتعاقدين تعتبر من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالبيانات والمعلومات اللازمة لتوفير رضا الطرف الآخر^(٢).

وهو ما يراه أحد فقهاء القانون المصري^(٣)، حيث ذهب إلى ضرورة التوسع في قرينة افتراض علم المدين بالالتزام بالإفشاء بالبيانات مع الاعتداد في ذلك بكافة ما يلابس العقد من ظروف وما ينبغي أن يتوافر في التعامل من حسن نية.

ولا يكفي أن يكون البائع جاهلا بالبيانات والمواصفات الخاصة بالمبيع لكي يتحلل من التزامه بالإعلام في مواجهة المشتري ، بل يجب أن يثبت أنه لم يكن باستطاعته العلم بها رغم ما بذله من جهد معقول .

ولذلك يقرر بعض الفقه الفرنسي قيام التزام على عاتق البائع بالاستعلام عن بيانات المبيع من أجل إعلام المشتري بها^(٤).

l'obligation de se renseigner pour informer. ، ويعبر عنه بعض الفقه

بأنه الالتزام بالتحقق أو التثبت والتحرى^(٥) *l'obligation de vérification*

والالتزام البائع بالاستعلام يعتبر كقاعدة عامة ، التزاما ، بوسيلة^(٦) .

(1) Cass com, 21 mars, 1977, J.C.P, 1977 IV, p. 135.

(2) (J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n°s 489 et 491, pp. 538 et 539.

(٣) د. نزيه محمد الصادق الهدى ، المرجع السابق ص ٢٤٢ .

(4) lucas de LEYSSAC, article, précité, n° 30 pp 321 et 322,

(J) Ghestin, les obligations, op. Cit, n° 422 p 539,

(Jacques) Ghestin thèse, précitée, n° 101 p 123.

(5) (Yves) BOYER, thèse précitée, n° 253 p 354.

(6) (Yves) PICOD, op. Cit, n° 102 p 121.,

Yves BOYER. Thèse précitée n° 255 .p. 355.,

(Muriel) Fabre-Magnan, thèse précitée n° 251 p 196.

une obligation de moyens ، يكفى أن يقوم البائع فى تنفيذه ببذل عناية للشخص العادى^(١).

ويقع على عاتق الدائن بالالتزام بالإعلام عبء إثبات تقصير المدين بهذا الالتزام فى بذل العناية المطلوبة ، - وهى عناية للشخص العادى - من أجل الاستعلام عن البيانات المطلوبة^(٢). ويستطيع الدائن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن لأن الإثبات يقع على واقعة مادية . وقد يكون التزام البائع بالاستعلام التزاما بتحقيق نتيجة une obligation de résultat. عندما يتم التعاقد بين بائع محترف ، أو منتج (صانع) وبين شخص عادى قليل الخبرة والدراية^(٣) .

ويجب لتحصيل المدين بالالتزام بالاستعلام عن البيانات من أجل إعلام الدائن بها ، أن يكون عالما بأهمية هذه البيانات والمعلومات بالتنسبة للدائن ، وبدورها الهام فى تكوين رضائه بالتعاقد^(٤).

ومحل التزام البائع بالاستعلام فى هذه الحالة ، هو نفس محل التزامه بالإعلام ، حيث يشمل على كافة البيانات الضرورية عن المبيع ، والتي لها تأثير على رضاء المشتري بالتعاقد ، سواء تغطت البيانات بوضع الشيء القانونى ، أم مواصفاته المادية ، أم خطورته ، أم طريقة استخدامه^(٥) وبالجمله كافة البيانات والمعلومات التى تتعلق بغرض المشتري من الشراء ، والتى يترتب على معرفتها حسن الانتفاع بالمبيع وتجنب أضراره . وإذا تحقق الشرطان السابقان ، ثبت للمشتري الحق فى العظم الكفى بالمبيع ، وقام على عاتق البائع الالتزام بإعلامه .

^(١) د. فريه محمد الصادق الهدي ، المرجع السابق ص ٢٤٧ .

^(٢) CARBONNIER, note sous, cass civ, 26, octobre, 1960, R.T.D civ, 1961, n° 6 p 340., cass civ, 21 octobre, 1974, J.C.P, 1975 -2- 18176.

^(٣) (Yves) BOYER. Thèse précitée, n° 257 p 359.

^(٤) د. خالد جمال H-حد حسن ، الرسالة السابقة ص ٢٩٠ .

^(٥) NGUYEN-THANH, tèse précitée, n° 795 p 513.,
(Yves) BOYER. thèse précitée, n° 264 p 366.,
lucas de LEYSSAC, article précité, n° 33, p 324.,
Yves PICOD, op. Cit, n° 108, p 127.

المطلب الثاني

شروط العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

١٦٩ - تمهيد :

إذا كان الفقه الإسلامي يشترط علم المشتري بمحل العقد ، ويلزم البائع بإعلام المشتري ببيانات وعيوب المبيع ، وإلا ثبت للمشتري الحق في الخيار، فإن الأمر ليس على إطلاقه ، بل لابد من توافر شروط معينة تتمثل فيما يلي :

١٧٠ - الشرط الأول: محرم رؤية المشتري للشيء المبيع وقت العقد: فإذا لم ير المشتري العين المبيعة قبل أو وقت البيع ، فإنه يجب على البائع إعلامه بها ، وإلا ثبت للمشتري الحق في خيار الرؤية بسبب جهله بالمبيع، فعدم رؤية المشتري للمبيع - أي عدم علمه به - شرط لثبوت الخيار في الفقه الإسلامي ، فإن إشتراؤه وهو يراه فلا خيار له^(١) . وهذا الشرط يستفاد من الحديث الشريف الذي رواه إبراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه"^(٢) . وجه الدلالة : يدل الحديث على ثبوت خيار الرؤية للمشتري ، إذا لم ير المبيع وقت العقد ، وأن عدم الرؤية شرط لثبوت الخيار للمشتري عند الرؤية وقيل: إن عدم الرؤية سبب لثبوت الخيار ، فالإضافة إلى الرؤية من إضافة الشيء إلى سببه^(٣) .

(٢) بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ج٧ ص ٣٣٦٠ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ج٥ ص ٢٦٨ ، ط مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد - الهند .

(٣) رد المحتار ج٥ ص ٩٦ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٧ .

أما إذا كان قد سبق للمشتري رؤية المبيع قبل أو وقت العقد ، وعلم بما ينطوى عليه المبيع من الموصفات والعيوب ، فلا يثبت له الخيار لرضائه به^(١).

ويشترط لمعقود حق المشتري في الخيار بمسبب رؤية المبيع السابقة على العقد توافر أمران :

الأول : عدم التغير بحيث يبقى المبيع وقت الشراء على الحالة التي كان عليها وقت الرؤية .

الثاني : أن يكون المشتري عالما وقت العقد ، أن ما يعقد عليه هو مرئيه السابق فلو لم يعلم به كان رأى ثوبا ثم اشتراه ملفوفا بستر ، وهو لا يعلم أنه ذلك الذي رآه ، فله الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا^(٢) .
أما إذا اشترى شخص شيئا معيبا هو يعلم عيبه - أو مدلسا أو مصرا - وهو عالم به - فلا خيار له لأنه بذل الثمن فيه عالما راضيا به عوضا ، فأنشبه ما لا عيب فيه^(٣) .

وليس للمشتري أن يدعى جهله بالمبيع في كل الحالات لئيمسك بالحق في الخيار ، بل يجب عليه أن يبذل جهده المعقول للتعرف على حقيقة المبيع ، وبصفة خاصة إذا كانت عيوبه وأوصافه ظاهرة ، كما لو كان العيب بارزا لا يخفى عند الرؤية غالبا فيعتبر المشتري عالما به ، ومثله ما لو كان يحتاج إلى مزيد تأمل ، فدل البائع المشتري على موضع العيب ، أو صفته ، فإن ذلك يحول دون ثبوت الخيار للمشتري ، الذي تعاضى عن إبطار العيب الواضح ، كما لا يقبل قوله لم أره^(٤) .

(١) المجموع شرح المهلب - ج ١٢ ص ١٢١ . ط دار الفكر .

(٢) د. عبد الستار عبد الكريم أبو غدة ، الرسالة السابقة ص ٣٩٩ ، الموسوعة الفقهية الجزء العشرون ص ٧٠ و ٦٩ .

(٣) الشرح الكبير على من المفتح مع المفتي - ج ٨٦ .

(٤) الموسوعة الفقهية ، الجزء العشرون ص ١٢٣ .

حيث يجب على المشتري أن يستعلم عن المبيع ، بطلب المشورة من البائع أو من الغير ذي الخبرة في هذا الشأن . أو أن يجري اختبارا للمبيع للوقوف على حقيقته ، كركوب الدابة ليختبر فراحتها ، والطحن على الرحى ليعلم قدره ، ونحو ذلك مما يستعلم به المبيع.

وفى مثل هذه الحالات يلتزم البائع بتسليم السلعة إلى المشتري لاختبارها ، إن بين ذلك وقت العقد^(١) .

واستعلام المشتري عن المبيع يدخل فى إطار التعاون الواجب بين المتعاقدين حيث يجب على كل متعاقد أن يبدى قدرا من التعاون مع المتعاقد الآخر لتحقيق مصلحة الطرفين ، وفقا لمبدأ التعاون الواجب بين المسلمين ، والمستفاد من قوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب)^(٢).

ولكن قد يستحيل على المشتري معرفة حقيقة المبيع ، أو الاستعلام عنه من تلقاء نفسه ، وفى هذه الحالة يجب على البائع إخباره بعيوب المبيع ، وكافة الأوصاف التى تتعلق بغرض المشتري من الشراء ، إذا كان غرضا صحيحا سليما ، فمثلا صفة الحمل بالنسبة للبقرة التى قصد للمشتري شراؤها للحم ، تعتبر من الصفات الهامة التى يجب على البائع إعلام المشتري بها ، لكونها تنقص القيمة بالنظر إلى غرضه ، وتزيد بالنظر إلى غرض غيره^(٣).

واستحالة الاستعلام التى تواجه المشتري قد تكون استحالة ملابية ، ترجع إلى طبيعة العين المبيعة وظروف التعاقد ، كما قد تكون استحالة شخصية ، ترجع إلى شخص المشتري نفسه .

(١) حاشية العنبرى جـ ٢ ص ١٤٣ .

(٢) سورة المائدة ، الآية رقم (٢)

(٣) التاج المذهب للإمام أحمد العسلى الزيدى جـ ٢ ص ٤١٢ .

فلاستحالة المأخدية : توجد عندما يستحيل على المشتري رؤية المبيع والتحقق من مواصفاته بسبب غيبته وقت التعاقد، وذلك كما في حالة شراء العين الغلابة، ويقصد بالعين الغلابة: خصوص غيبتها عن البصر، بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد ، وسواء أكانت غلابة أيضا عن مجلس العقد أو حاضره فيه لكنها مستورة عن عين العاقد، فالغلابة هنا هو غير المرئى ، إما لعدم حضوره ، وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره، فليس كل حاضر مرأيا ، فقد يكون للمبيع حاضرا غير مرأى^(١) ، فإذا كانت العين للمبيعة غلابة وقت التعاقد ، فإنه يتعذر على المشتري رؤيتها، ومن ثم يلتزم البائع بإخبار المشتري بأوصافها حتى يصح التعاقد .

والاستحالة الشخصية : توجد عندما يستحيل على المشتري معرفة المبيع أو الاستعلام عنه ، لكونه قليل الخبرة والدراية بالمبيعة، وذلك كالمسترسل الذى يستسلم للبائع ويضع ثقته فيه^(٢) ، وفى هذه الحالة يجب على البائع نصحه وإعلامه بما يرفع عنه الغبن ويحقق لديه للرضا التام بالمبيع، لأن غبن المسترسل إما يحصل بسبب جهله بالمبيع^(٣) ، وعدم قدرته على الاستعلام عنه .

١٧١- الشرط الثانى : أن يكون البائع عالما بأوصافه المبيع ، وبمضى تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد .

لكى يمكن إلزام البائع بإخبار المشتري بأوصاف المبيع وما به من عيوب فلا بد أن يتوافر لدى البائع العلم بها ، أو يكون فى استطاعته ذلك، لأن فاقده

(١) الشرح الكبير للإمام أحمد القردير وحاشية النووي جـ ٣ ص ٢٦ و ٢٧ ، د. عبد الستار عبد الكريم أبو غده الرسالة السابقة ص ٣٦٥ ، للوسوعة الفقهية ، الجزء العشرون ص ٦٤ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٤٧١ .

(٣) الشرح الكبير على من التفت مع المفتى جـ ٤ ص ٧٩ .

الشيء لا يعطيه ، والتكليف بما لا يطاق محال ، إعمالا لقول الله تبارك وتعالى : " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " (١) .

ومن ثم فعدم البائع لأبد منه ، لتكليفه بالالتزام بإعلام المشتري (٢) . ولكن ليس للبائع أن يركن إلى جهله في جميع الحالات ، ليتخلص من التزامه بإعلام المشتري ، بل يلتزم بالاستعلام والتحرى عن عيوب المبيع ومواصفاته كلما كان ذلك ممكنا ، من أجل إخبار المشتري بها ، حيث ذهب فقهاء الشافعية إلى إلزام البائع بإعلام المشتري بعيوب المبيع ، حتى ولو كان البائع نفسه لا يعلمه ، كلما كان في استطاعته الاستعلام عنه واستكشافه ، فتركه له يعتبر تفريطا منه لا يمنع من تعرضه للإثم بسببه (٣) فإذا علم البائع بالعيوب وقت العقد ، ثم عمد إلى كتمانها وعدم بيعها للمشتري ، فإنه يكون مدلسا ويلثم (٤) .

وإلزام البائع بإخبار المشتري بعيوب المبيع لعلمه به ، بحيث يعد مرتكباً لمعصية كبيرة إن لم يخبره ، لأن عدم الإخبار غش وأكل للمال بالباطل (٥) . يستوجب أيضا أن يكون البائع عالما بمدى تأثير عدم إخباره للمشتري بعيوب المبيع وأوصافه على رضا المشتري بالتعاقد ، كأن يقصد من كتمان العيب دفع المشتري إلى التعاقد تحت تأثير الغش والخديعة ، إذ الإغراء والخداع بالكتمان هو : "أن يعلم البائع عيب سلعته ولا يظهره للمشتري ولا

(١) سورة البقرة ، الآية رقم (٢٨٦) .

(٢) المجموع شرح المذهب جـ ١٢ ص ١١١ .

(٣) المجموع شرح المذهب جـ ١٢ ص ١١١ ، وقد جاء فيه : " وإن كان العلم لأبد منه في التكليف ، ولكن ترك ذكره كما في الرواية ، أبلغ في الزجر عن ذلك وأدعى إلى الاحتياط والاحتراز ، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه تمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه ، لعلمه لإعماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريطا منه لا يمنع من تعرضه للإثم بسببه " .

(٤) حاشية العلوي جـ ٢ ص ١٣٩ .

(٥) كتاب النيل وشفاء العليل ، وشرح النيل جـ ٨ ص ٤٧٣ .

يحدثه عنه كأن يعلم أن أساس المنزل الذي يريد بيعه رديء ، أو يطمع
البائع عيباً في سيارته لا يظهر إلا بالفحص الدقيق ، ولا يخبر المشتري
بذلك^(١)، فعدم إخبار البائع للمشتري بعيوب المبيع رغم علمه بها أو
استطاعته استكشافها ، يدل على سوء نيته ، وهو يتنافى مع مبادئ الدين
القويم ، والذي يوجب مراعاة الصدق والأمانة وحسن النية في المعاملات،
ويلزم المتبايعين بالتعاون والتناصح فيما بينهما.

^(١) د. محمد عبد ربه محمد السبحي ، تعيب للمقود عليه ، الرسالة السابقة ص ١٤٨ .

المطلب الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي بخصوص شروط العلم بالمبيع

١٧٢- يتضح مما تقدم أن هناك أوجه تقارب بين القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها لتقرير الحق للمشتري ففى العلم الكافى بالمبيع ، وفرض التزام على علقى البائع بإعلامه .

ينهى القانون المدني : يشترط أن يكون المشتري جاهلا بحقيقة المبيع وأن يكون جهله مشروعاً تبرره اعتبارات معينة، ولكى يمكن اعتبار جهل المشتري مشروعاً، فبله يجب أن يكون قد قام بواجبه فى الاستعلام عن بيانات ومواصفات المبيع ، ولكنه لم يستطع العلم بها .

واستحالة علم المشتري بحقيقة المبيع قد تكون مادية ، ترجع الى طبيعة الشيء المبيع وظروف التعاقد ، وقد تكون استحالة شخصية ، ترجع إلى قلة خبرة المشتري ودرايته أو عدم كفايته ومقدرته الشخصية .

والفقه الإسلامى : يشترط عدم رؤية المشتري للمبيع وقت العقد ، لثبوت الحق له فى الخيار . ويستلزم أن يكون المشتري قد بذل جهده المعقول للاستعلام عن المبيع للتعرف على حقيقته ولكنه لم يستطع بسبب غيبة المبيع مثلاً وقت التعاقد ، أو قلة خبرة المشتري ودرايته بالمبايعة حتى يقوم الالتزام على علقى البائع ببيان حقيقة المبيع وإعلام المشتري بها.

والقانون المدني : يشترط أن يكون البائع عالماً ببيانات وأوصاف المبيع، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد ، وإلا لم يحم الالتزام بالإعلام على علقته ، ويرى الفقه القانونى أن البائع يلتزم بالاستعلام عن بيانات

المبيع ، من أجل إعلام المشتري بها ، ويقيم قرينه على علم البائع
المحترف ببيانات المبيع .

وحدالك الفقه الإسلامي : يشترط علم البائع بعيوب وأوصاف المبيع، ويمد
تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد، ويقرر فقهاء الشافعية التزاما على
عائق البائع بالاستعلام عن عيوب المبيع واستكشافها وإعلام المشتري بها.

الفصل الثاني وسائل تحقيق العلم بالمبيع

١٧٣- تمهيد وتقسيم :

استعلام المشتري عن المبيع للتعرف على حقيقته ، أو إلزام البائع بإعلام
المشتري ببيانات المبيع ومواصفاته ، يمكن أن يتحقق باتباع العديد من
الوسائل.

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : وسائل تحقق العلم بالمبيع في القانون المدني .

المبحث الثاني : وسائل تحقيق العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : مقارنة .

وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

وسائل تحقق العلم بالمبيع في القانون المدني

١٧٤ - تمهيد وتقسيم :

الوسائل التي يتحقق بها العلم الكافي بالمبيع لدى المشتري كثيرة ومتنوعة.

منها : ما يستخدمها المشتري بنفسه للاستعلام عن المبيع والتعرف على حقيقته ، مثل قيامه بفحص عينة المبيع ، أو اختبار المبيع بتجربته أو تذوقه ، وهي وسائل عتيقة تستخدم في التعرف على أنواع معينة من المبيعات وكانت تتلاءم مع المفهوم التقليدي للعقد ، والذي يفرض على كل متعاقد أن يسعى بنفسه لتحقيق مصلحته الخاصة ، حيث كان يجب على الشخص الذي يرغب في شراء شيء معين ، أن يقوم بنفسه بالاستعلام والتحرى عن هذا الشيء للتعرف على حقيقته ومدى ملاءمته لغرضه من الشراء . ولا يخفى أن هذه الوسائل لن يتحقق الغرض منها على الوجه الأكمل ، إلا إذا أبدى البائع تعاوناً مع المشتري بتمكينه من فحص العينة أو تجربة المبيع ونوقه . ونظراً لاهتمام التشريعات بتنظيم هذه الوسائل بنصوص خاصة فيها ، فإننا سوف نتناول بيانها بالتفصيل في القسم التطبيقي من الرسالة .

وهناك وسائل يستخدمها البائع لتنفيذ التزامه بإعلام المشتري بالمواصفات والبيانات الضرورية عن المبيع ، وهذه الوسائل أملت لها عوامل التقدم الاقتصادي والتكنولوجي المعاصر في مجال صناعة المنتجات والترويج لها بالإعلان عنها وإعلام راغبي الشراء بحقيقتها.

وهذه الوسائل تنوع إلى نوعين :

- ١- وسائل اقتصادية .
- ٢- وسائل تقنية .
- وتشتمل أهم الوسائل الاقتصادية على إعلام المشتري عن حقيقة السلعة عن طريق :
الكatalogات ، عينات من السلعة ، وضع ملصقات ولافتات إعلانية عنها ،
النماذج والعلامات التجارية ، نشر الكوبونات في الصحف والمجلات ،
أوامر الشراء والوفواتير .
- وتشتمل أهم الوسائل التقنية على ، عرض مواصفات وبيانات
المبيعات والمعلومات اللازمة عنها ، عبر وسائل الإعلام والاتصال عن
بعد ، وهو ما يعرف في لفظه الفرنسي بنظام : le télé - achat ، بحيث
تتم عملية التعاقد بعد العلم بحقيقة المبيع ، ويكون البيع عن بعد vente
à distance ، وتستخدم فيه وسائل التكنولوجيا المعاصرة في الإعلام
والاستعلام عن المبيعات . وتتمثل أهم الوسائل التقنية في :
التليفزيون ، الراديو ، التليفون (الهاتف) ، المينيتمل ، الحاسب الآلى
(الكمبيوتر) ، الإنترنت .
- وبالإضافة إلى الوسائل السابقة ، فإن الققون المندى المصرى نص بالمادة
(٤١٩) على وسائل معينة ، يمكن بقتاعها تحقق علم المشتري الكافى
بالمبيع وتمثل هذه الوسائل فى :
معاينة المبيع ، وبيان المبيع وأوصافه الأساسية فى العقد ، وإقرار
المشتري بطمه بالمبيع .
وإعلام المشتري عن طريق بيان المبيع وأوصافه الأساسية ، يتم شفويا أو
كتبة .

ونتناول فيما يلي بيان كيفية الإعلام الشفوي والكتابي ، ثم نوضح الطرق القانونية والوسائل الاقتصادية والتقنية للإعلام .

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالبج :

نخصص الأول : للإعلام الشفوي والكتابي .

والثاني : للطرق القانونية للإعلام .

والثالث : للوسائل الاقتصادية والتقنية للإعلام .

ونبين ذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

الإعلام الشفوي والإعلام الكتابي

يقوم البائع بإعلام المشتري ببيانات المبيع إما شفويا وإما كتابة .

١٧٥ - الإعلام الشفوي . les renseignements fournis oralement .

تقديم المعلومات والتوصائح المتعلقة بالشئ المبيع ، عن طريق تبادل الحوار بين البائع والمشتري ، تعتبر من الوسائل الأكثر اعتيادا ، ووقوعا في الحياة اليومية . حيث تتميز هذه الوسيلة بالسهولة والسرعة^(١) ، وتتم عن طريق طرح الأسئلة والاستفسارات من المشتري وسماع الأجوبة عليها من البائع . وهنا يجب على البائع أن يفصح عن البيانات الخاصة بالمبيع، بعبارات سهلة وواضحة ومفهومة للمشتري^(٢) .

وهذه الطريقة للإعلام قد تفرضها الظروف أو الضرورات العملية لفهم المعلومات المقدمة كتابة .

فقد تفرض الظروف حالة من الإلحاح والاستعجال في تقديم البيانات الخاصة بالمبيع شفويا ، كما في حالة الصيدلي الذي يسلم إلى المشتري دواء يحتوى على مقادير غير كاملة أو غير مضبوطة ، أو قدم بيانات عنه خاطئة ، وقد اكتشف الخطأ بعد البيع ، فيجب عليه البحث عن المشتري ، وإبلاغه على وجه السرعة ، شفويا مباشرة ، أو عن طريق التلفزيون ، أو عن طريق الإذاعة ، أو التلفزيون ، بالبيانات الصحيحة عن الدواء ، ونصحه بالطريقة الواجبة في استخدامه ، أو أن يحذره من استعماله .

^(١) (Jean) Alisse , thèse précitée , n° 177 pp 153 et 154 (xavière) perrou , l'obligation de conseil
thèse de doctorat université de RENNES , 1, éd , 1992 , t , 11 , n° 555 p 580 .

^(٢) (Jean) AL ISSE , ibid , n° 177 pp 153 et 154 .

ولذلك أوجبت المادة (R. 5092) من قنن الصحة للعلماء الفرنسي ، على الصيادلة تسجيل أسماء وعناوين العملاء الذين يقومون على شراء الأدوية القابلة لتعريض صحة وسلامة المستعملين للخطر^(١) .

والضرورات العملية قد تفرض استخدام لغة الحوار (الإدلاء بالبيانات شفويًا) ، وذلك لتوضيح وتيسير فهم المعلومات المقدمة كتابة ، إذ قد تكون المعلومات المقدمة كتابة معقدة أو صعبة الفهم أو محررة باستخدام مصطلحات فنية لا يفهمها إلا المتخصصون ، وفي هذه الحالة يلتزم البائع بوضاح هذه المعلومات شفويًا للمشتري^(٢) .

ورغم ما تتميز به هذه الطريقة من سهولة ويسر ومسرعة في إحاطة المشتري علمًا بحقيقة المبيع إلا أنه يعيها صعوبة إثبات تحقق العلم بها. كما أنه لا يتوافر لها وصف الثبات والاستقرار أو الدوام، لأنها تنتهي بإدلاء البائع بالبيانات ، ومع مرور الوقت قد ينسى المشتري هذه البيانات ، في حين أن حاجته لاستخدام المبيع متكررة، كما أن التطور الاقتصادي والسرعة التي تتم بها المعاملات ، جعلتا التعلق يتم عن طريق المراسلة والمكثبة بين التعاقدين ، إذ يصعب إجراء الحوار بينهما .

١٧ - الإعلام الكتابي .. les renseignements Fournis par écrit

الإعلام بطريق الكتابة هو الوسيلة الأكثر فعالية والأكثر شيوعًا واستعمالًا في مجال التعامل ، لما تقدمه الكتابة من مزايا عديدة^(٣) ، ولذلك فإن القانون في بعض الحالات يلزم الشخص الذي يعلم بالمبيع ، بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات والنصائح كتابة ، حيث لزم المنتج والموزع والمستورد ،

(١) (Vassili) CHRIS TIANOS , thèse précitée , p 307 .

(٢) (Vassili) CHRISTIANOS , ibid , p 309 .

(٣) (jean) ALISSE , thèse précitée , n° 178 p 155 ,

(J) GHESTIN ET (B) DESCHÉ, la vente, op. cit, n 869 p 925,

(F) collart et (ph) Delebecque , op . cit . n 216 p 183 .

بكتابة بيانات إجبارية عن خصائص ومكونات السلعة ، وتاريخ صلاحيتها، وطريقة استعمالها ، ويستلزم أن تكون هذه البيانات سهلة الفهم، وواضحة وظاهرة وسهلة القراءة^(١) . واستخدام الكتابة في الإلقاء بالمعلومات يحقق العديد من المزايا، منها: أنها تمكن المشتري من الحصول على المعلومات في أي لحظة دون تطلب وجود البائع ، حيث يتوافر لها وصف الثبات والاستقرار^(٢) كما أنها تتميز بكونها أكثر تحديداً ووضوحاً واكتمالاً وفائدة بالنسبة للمشتري، لأن المدين بالالتزام بالإعلام يقوم بكتابة البيانات مسبقاً وبغاية فائقة ، كما أنه يعمل جاهداً على حصر كافة البيانات المفيدة والنافعة بالنسبة للدائن^(٣) .

كما أن لها دوراً هاماً في الإثبات، حيث يستطيع الدائن الاستناد إليها لإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام ، كما يستطيع المشتري أو المستعمل الاستناد إليها لإثبات عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام ، أو التنفيذ الخاطئ له^(٤) . كما أن هناك ضرورات عملية وتفرض استعمال الكتابة كسند ووسيلة للإعلام ، ظهر ذلك بوضوح مع التطور الجديد في نظام التعاقد ، فمثلاً في محال الخدمة الحرة حيث يتم التعاقد بدون وجود البائع ويظهر الأمر وكأن المشتري يتعاقد مع السلعة نفسها ، أو العلامة التجارية للمنتج المبيع ، وكذلك في حالة البيع بواسطة الموزعين الآبيين حيث يبدو التعاقد وكأنه يتم مع الماكينة وكذلك في حالة البيع بطريق المراسلة ، ففي كل هذه الحالات

(١) (xaviere) perron , thèse précitée , n° 599 p 582 et s .

د/أحمد السيد الزرقد . الحمية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة ف٢٣ ص ٤٤ ، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة المنصورة ديسمبر ١٩٩٢ .

(٢) (vassili) CHRISTIANOS , thèse précitée , p 274 .

(٣) (Jenn) ALISSE , thèse précitée , n 178 p 155 .

(٤) (J) Chestin et (B) DESCHÉ , la Vente , op . cit , n 869 p 925 , (Vassili) CHRISTIANOS . thèse précitée , p 275 .

الإعلام بطريق الكتابة يفرض ضرورة، حيث يحل محل الحوار الواجب إجراؤه وحدوثه بين البائع والمشتري^(١).

والإعلام بطريق الكتابة يتخذ صوراً وأشكالاً متعددة، كان تكتب ببيانات المبيع في بطاقات، أو نشرات، أو كتيبات وكتالوجات، أو تنقش على جسم السلعة المباعة نفسها أو على قطعة قماشية أو معدنية تلتصق بها، أو غيرها من الأشكال، حسب طبيعة السلعة المباعة.

وقد فرض القانون الفرنسي الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٨٤م، والمعدل بقانون ١٩ فبراير ١٩٩١م عنوانه المنتج *l'étiquetage*، عن طريق كتابة بيانات إجبارية عنها، في بطاقة خاصة ببيانات السلعة *une étiquette*، بحيث يجب أن تحملها السلعة لإعلام المشتري بها. وهذه البيانات يجب أن تشمل - وبصفة خاصة إذا كانت السلعة من المواد الغذائية - على بيان اسم السلعة، والوزن الصافي لها، وتاريخ صلاحيتها للاستهلاك، وقائمة بالمواد الكيميائية أو الطبيعية الداخلة في تركيبها، واسم وعنوان الصانع أو المظلف والبلد الأصلي للسلعة، وطريقة استعمالها^(٢).

وتعتبر بطاقة البيانات من أهم الوسائل التي تسهم في إعلام المشتري بحقيقة السلعة المباعة من حيث مواصفاتها وطريقة استخدامها، والمخاطر التي يمكن أن تسببها، والاحتياطات الواجب مراعاتها^(٣). ولذلك يجب أن

(١) (Vassili) CHRISTIANOS. *ibid*, pp. 275 et 276.

(٢) v. en ce sens: (GUY) RAYMOND, *la vente de marchandises*, p. 51., éd, D, 1996. (luc) bihl, *le droit de Vente*, op. cit, n224, pp. 110 et 111., et les règles de l'étiquette, article précitée, *Gaz-pal*, 1973, doc, 1, p 733., B.GROSS et ph. BIHR op. cit, p 250., madame (BÉATRICE) DELEGUE, *la vente par catalogue et sa place dans la distribution et l'économie*, essai de comparaison Mondiale. thèse de doctorat, paris 1, 1975, p117., (pierre) ARHEL, *Étiquetage des produits: Indication d'origine*, J.C.P, 1996, Chron. 557, p. 209.

(٣) (GUY) Raymond, op. cit, p 51, Jérôme HUET, op. cit. n 11270 p 218.

السلعة وخصائصها المادية - على بيان طريقة استخدام السلعة، والاحتياطات التي يجب مراعاتها عند الاستعمال ، وأوجه خطورتها ، عن طريق وضع علامات أو إشارات ، أو الرمز بالأحرف الأولى للكلمات التي تبين ما إذا كان المنتج المبيع ساماً *toxique* ، أو قابلاً للاشتعال *inflammable* ، حتى يتخذ الاحتياطات الضرورية لضمان سلامته^(١) .

ويجب أن توضع البيانات الإيجابية على جسم السلعة ، بحيث تكون ملاصقة لها إن أمكن ، كما لو كانت ملكية فتنتقش على جسمها الخارجي، أو تكتب البيانات على صفيحة معدنية *une plaque* تلصق على محتواها فإن كانت من السلع الرخوة ، كالأطعمة ، والأشربة، فيجب أن تكتب البيانات على العبوة المباشرة، التي توضع بدخل الغلاف ، وإلا فطى الغلاف^(٢) .

وقد تكتب بيانات السلعة في نشرات ، أو كتالوجات ، أو مستندات البيع ، كوامر الشراء ، والفواتير ، وأوراق الضمان وغيرها ، وبحيث يتم تسليمها إلى المشتري مع المبيع^(٣) ، وفي هذا الصدد ، قضت محكمة استئناف ROUEN ، باعتبار البائع المهني مخلصاً بالتزامه بالإعلام والتسليم ، لأنه لم يعط للمشتري نشرة الاستعمال الخاصة بجهاز التدفئة المستعمل الذي باعه له^(٤) ، وقد يتم الإعلام كتابية بواسطة الإشارات والرموز *les signes* ، وتستعمل الرموز والإشارات مثل الكلمات في إبلاغ ونقل المعلومات عن طريق نقل الرسائل *les messages* ، بشرط أن تكون قابلة للإدراك والانتقال^(٥) .

(١) (GUY) Raymond, *ibid* , pp 51 et 52 .

(٢) (J) Ghestin et (B) DESCHÊ, *la Vente*, op. cit, n° 869 p 925 , (Iuc) Bihi, op, cit, n° 432 p 206, (Sophie) DION, *mote. sous cass civ*, 23 avril 1985, D, 1985, juris, p561, cass2 civ, 21juin 1962, Bull cit, 11, n 369 p 394 .

(٣) (Vassili) CHRISTIANOS, *thèse précitée* pp 277 et 278 .

(٤) C.A.Rouen, 10^{er} . civ, 22 janv 1992, R.J.D.A., 6 / 92 n° 570 p 459 .

(٥) (Vassili) CHRISTIANOS . *thèse précitée* , pp 298 et 299 .

المطلب الثاني

الطرق القانونية للإعلام

ذكرت المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري بعض الطرق التي يمكن أن يتحقق بها العلم الكافي لدى المشتري بحقيقة المبيع .

وتتمثل هذه الطرق ، فيما يلي :

١٧٧ - معاينة المبيع .

المقصود بالمعاينة : الاطلاع على المبيع اطلاعاً يمكن من معرفة حقيقته وفقاً لطبيعته. ويتم باستخدام الحواس المختلفة كوسيلة للعلم^(١)، فلا تقتصر على الرؤية بالنظر ، بل تشمل الشم والسمع والذوق واللمس والجلس. كشم الروائح العطرية، وسمع صوت جهاز الإنذار، وذوق الأطعمة، ولمس الثياب لمعرفة نوع القماش ، وجس الشاة ، وغيرها .

ولا يلزم لتوافر العلم الكافي بالمبيع عن طريق المعاينة ، أن يكون المشتري قد قام بمعاينة الشيء بنفسه ، بل يجوز أن تتم المعاينة بواسطة نائب عن المشتري ، وسواء كانت هذه النيابة قانونية أم اتفاقية. فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين وثبتت معاينة الوكيل لهذا الشيء ، ما حق للموكل الطعن في البيع على أساس عدم علمه بالمبيع ، ما لم يثبت أن وكالته كانت مقصورة على الشراء . ذلك أن المشتري يعتبر أنه ارتضى أن يقوم وكيله بمعاينة الشيء نيابة عنه. بل إن علم المشتري بالمبيع يعتبر متوافراً إذا تمت معاينته من شخص عهد إليه بالمعاينة وحدها دون

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فـ ٢٦ صـ ٣٧.

د/ جيل الشرفاوى المرجع السابق فـ ١٨ صـ ٣٩.

د/ محمد لييب شنب ود/ مجدى صبحي خليل المرجع السابق فـ ٤٥ صـ ٧٥ ،

د/ تولى حسن فرج، المرجع السابق فـ ٦٨ صـ ١٠٦، ١٠٥ ،

د/ محمد على عمران ود/ السيد تاييل ، المرجع السابق ، صـ ٩٩ .

الشراء، كما لو وكلّ خبيراً في القيام بالمعينة ، حيث يعتبر أنه ارتضى أن تقوم معينة هذا الشخص ، مقام معينته الشيء بنفسه^(١) . وقد كانت المادة (٢٤٩) من القانون المدنى السابق تصرّح بهذا الحكم ، فقد نصت على أنه: ((يجب أن يكون المشتري علماً بالمبيع علماً كافياً ، إما بنفسه أو بمن وكله في معينته)) . ولم تتضمن المادة (٤١٩) من القانون المدنى المصرى الحالى عبارة تؤدى إلى هذا الحكم لبدايتها ، ولكون حكمها مستفاد من القواعد العامة^(٢) .

والمعينة التى يتحقق بها العلم الكافى لدى المشتري بحقيقة المبيع ، هى التى تحصل عند إبرام العقد ، بحيث يرد العقد على المبيع ، وهو معلوم للمشتري علماً كافياً . أما المعينة التى تحصل قبل إبرام العقد ، فلا تكفى لتحقيق العلم لدى المشتري ، إلا إذا بقى المبيع عند البيع ، على حالته التى كان عليها عند المعينة دون تغير ، فتكفى عندئذ لتحقيق العلم الكافى . وأما المعينة التى تحصل بعد تمام البيع ، فإنه لا يتحقق العلم الكافى بها ، ولا تحرم بالتالى المشتري من حقه في طلب الإبطال لعدم العلم الكافى بالمبيع^(٣) .

(١) د/ جيل الشرقاوى المرجع السابق فـ ١٨ ص ٣٩ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق فـ ٢٦ ص ٣٧ و ٣٨ ، د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى خليل المرجع السابق فـ ٤٥ ص ٧٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٤ ص ١٩ .

(٣) د/ حسام الدين الأهران ، عقد البيع فـ ١٢٣ ص ٨٨ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق فـ ٢٦ ص ٣٨ ،

د/ محمد على عمران ود/ السيد تاهل . المرجع السابق ص ٩٩ ،

د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحي خليل المرجع السابق ، فـ ٤٥ ص ٧٥ .

ويذهب جانب كبير من فقهاء القلقون^(١) ، إلى أن معلنة المشتري للمبيع تكفي لاعتباره عالماً به . ولو لم تكن هذه المعلنة قد أدت في الحقيقة إلى معرفة المشتري بحقيقة المبيع وأوصافه الأساسية ، وذلك ما دامت أن المعلنة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العاوى من العلم به . لأن المشتري بعد أن مكّنه البائع من الإطلاع على المبيع ومعاينته ، فقد وجدت له الفرصة سانحة في التحقق من المبيع ، فلن لم يفعل كان مقصراً في حق نفسه ، وحق عليه أن يتحمل نتيجة نقصيره .

ومن جانبى لو أوافق هذا الاتجاه فيما ذهب إليه ، لأن للتقدم الحديث في صناعة المنتجات ، أدى إلى ظهور العديد من السلع الدقيقة ، والمعقدة التركيب والتي يصعب على المشتري العاوى معرفة حقيقتها من مجرد المعلنة . ولذلك فإن التزام البائع في هذه الحالة لا يقتصر على مجرد تمكين المشتري من الاطلاع على المبيع ومعاينته ، حتى يعتبر عالماً به وبالتالي يسقط حقه في طلب الإبطال . بل يلتزم البائع ببيان تركيبات المبيع ، ومواصفاته المادية ، وإعلام المشتري بكافة البيانات الضرورية عنه ، وإلا ترتبت مسؤوليته ، ولا يعفيه من ذلك ، تمكينه للمشتري من معاينة المبيع .

معاينة الألقى للمبيع ،

تختلف معاينة الألقى في مدى كفايتها لتحقيق العلم الكافى لديه بالمبيع ، بحسب الحاسة المستخدمة فيها ، وطبيعة الشئ المبيع ، فإن كان المبيع

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق لـ ٢٦ صـ ٣٧ ،

د/ حمى خضر المرجع السابق لـ ٢٨ صـ ٥٦ ، د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق لـ ٤١ ص ٦٩ ،

د/ حسام الدين الأهوانى المرجع السابق لـ ١٢٤ صـ ٨٨ ، د/ إسماعيل غانم المرجع السابق لـ ٥ ص ٧٩ ،

د/ محمد على عمران ود/ السيد ناهل المرجع السابق لـ ٩٩ ، د/ محمد ليب شنب ود/ مجدى خليل المرجع

السابق لـ ٤٥ صـ ٧٥ .

من الأشياء التي يكفي معاينتها عن طريق الشم أو السمع أو اللمس أو المذاق ، فإن الأعمى يستطيع أن يقوم بذلك بنفسه ، ويكفي هذا لتحقيق العلم الكافي لديه بالمبيع . أما إذا كانت معاينة المبيع تتطلب استخدام حاسة البصر ، فإنه في هذه الحالة : يستطيع أن يعين من يقوم بالمعاينة بدلاً منه ، ويعتبر أنه قد علم بالمبيع عند قيام الوكيل بالمعاينة^(١) .

ويصح أن يتحقق العلم الكافي للأعمى بالمبيع عن طريق وصفه له . فالمعاينة ليست ضرورية لذاتها ، بل الضروري هو تحقق العلم الكافي^(٢) . وقد كانت المادة (٢٥٣) من القانون المدني السابق تنص على أن : " البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ، أو حصلت معاينته ممن عينه معتمداً عليه في ذلك " . ولم تنقله المادة (٤١٩) من القانون المدني الحالي لكتفاء بالقواعد العامة .

١٧٨ - بيان المبيع وأوصافه الأساسية في العقد .

نصت المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري على أنه : " يعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن من تعرفه " ، ويقصد بذلك أن يتضمن العقد بياناً شافياً للشيء المبيع وأوصافه الأساسية ، عن طريق وصف الشيء المبيع بطريقة تمكن المشتري من إبراء حقيقته ، والوقوف على مدى ملاءمته لغرضه من الشراء ، فيصدر الرضاء عن بينة من أمره .

ويقوم الوصف في هذه الحالة مقام الرؤية ويقنى عنها ، فتكون الصورة التي يحصل عليها المشتري من وصف المبيع عند التعاقد ، مساوية

^(١) د/ جيل الشراوى البع والمقابلة المرجع السابق فـ ١٨ ص ٣٩ .

^(٢) د/ أحمد نجيب الهلال ، ود/ حامد زكي . المرجع السابق فـ ١٠٥ ص ٨١ .

للصورة التي يحصل عليها من استعمال حواسه ، أو حواس من يوكله في معاينة المبيع^(١) .

والحكمة من اكتفاء المشرع بالوصف كطريق لتحقيق العلم الكافي ، أنه قصد من ذلك تيسير المعاملات ، كما لو كان المشتري أعمى ، ولم يوجد هناك من يعتمد عليه في رؤية ما يشتريه ، كما قد تستدعي الضرورة في بعض الظروف الانتحاء إلى الوصف دون الرؤية ، لكون الشيء المبيع غير موجود في مجلس العقد ، كعقل موجود في بلد آخر ، أو بضائع موجودة في مخزن بعيد ، فضلاً عن أن هناك من الأشياء ما لا يتيسر للمشتري العلم الكافي بها ، إلا عن طريق الوصف دون الرؤية^(٢) .

وإذا اختلف المتبايعان في مدى كفاية بيانات وأوصاف المبيع المذكورة في العقد ، لتحقيق العلم الكافي لدى المشتري ، فهذه مسألة موضوعية تدخل في رحاب الوقائع ، ويترك تقديرها لقاضي الموضوع . وقد يستعين في ذلك بأهل الخبرة ، كما قد يراعى في ذلك ظروف الحال ، وبصفة خاصة طبيعة الشيء المبيع ، والغرض المقصود من شراؤه ، بل وظروف المشتري ودرجة خبرته وتخصصه فمثلاً : وصف السيارة وذكر بياناتها التي تجعل المشتري عالماً بها ، يختلف باختلاف مهنة المشتري ، فصاحب معرض السيارات لا يحتاج إلى الكثير من التفاصيل لمعرفة المبيع ، وذلك بعكس الشخص العادي الذي لم يسبق له شراء سيارة مثلاً . وكذلك فإن من

(١) د/ جميل الشرفاوي لرجع السابق في ١٨ ص ٤٠ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق في ٢٦ ص ٣٨ ،

د/ عبد المنعم البدر اوى . المرجع السابق في ٣٤ ص ٧٢ و ٧٣ ،

د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق في ٤١ ص ٧١

(٢) د/ ابن سلطان ود/ جلال العلوي المرجع السابق في ٢٢٢ ص ١٧١ ،

د/ حسام الدين كامل الأهوازي عقد البيع المرجع السابق في ١٢٥ ص ٨٩ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق في ٢٦ ص ٣٩ و ٤٠ .

يشترى سيارة للركوب العادي يعتبر علماً بها إذا اشتمل العقد على بيان المصنع الذي أنتجها ، وتاريخ صنعها ، وعدد المقاعد والأبواب الموجودة بها ، أما من يشتري سيارة للسباق فلا يعتبر علماً بها علماً كافياً بالرغم من توافر البيان السابق ، إذا لم يبين العقد السرعة القصوى لهذه السيارة ، وكذلك من يشتري جواً للسباق لا يعتبر علماً به إذا لم يبين العقد السلاطة التي تحدر عنها هذا الجوا (١) .

وليس المقصود بلفظ (العقد) الوارد في نص المادة (٤١٩) ، المحرر المكتوب . نظراً لأن عقد البيع عقد رضائي ، لا يستلزم للقانون تقياسه أي شكل من الأشكال ، بل يجوز أن يبرم مشافهة ، وإما المقصود به البيع كنظام قانوني . أو هو للاتقان القانوني الذي ينشأ بالتقاء الإرادتين ، لا المحرر الذي يثبت فيه التعاقد على البيع *instrument de preuve* ، ومن ثم فإنه يكفي أن يوصف المبيع عند البيع دون حاجة إلى ذكر هذه الأوصاف في ورقة مكتوبة (٢) . ويجب أن يتم وصف المبيع للمشتري ، قبل أو عند التعاقد ، وصفاً يعينه على العلم به علماً كافياً كما يتطلب القانون . وبذلك يعتبر الوصف طريقة للعلم بالمبيع كالمعاينة ، فيجب أن يتم قبل البيع

(١) د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحي خليل المرجع السابق فـ ٤٥ صـ ٧٥ و ٧٦

د/ حسام الدين الأهوان المرجع السابق فـ ١٢٥ صـ ٨٩ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقى . المرجع السابق فـ ٢٦ صـ ٣٩ ،

د/ مصطفى الزرقاء المرجع السابق فـ ٤٧ صـ ٦٠ .

د/ جيل الشرقاوى المرجع السابق فـ ١٨ صـ ٤٠

د/ أحمد نجيب الحلال ود/ حامد زكى المرجع السابق فـ ١١٠ صـ ٨٤ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فـ ٢٦ صـ ٣٩ ،

د/ حسي محضر المرجع السابق فـ ٢٨ صـ ٥٧ ، ٥٨ .

أو في مجلس عقده ، حتى يؤدي إلى قيام علم المشتري به قبل أن يرتبط
برضائه^(١) .

ويقع على عاتق البائع عبء إثبات حصول الوصف ، لأنه المدين بالالتزام
بالإعلام ، ويستطيع إقامة الدليل عليه بكافة طرق الإثبات ، على اعتبار أن
حصول الوصف هو واقعة ملادية يمكن إثباتها بكل دليل^(٢) .

فإذا ثبت اشتغال العقد على بيان المبيع ، وأوصافه الأساسية ، فهذا يعنى
أن المشتري قد علم بالمبيع علماً كافياً ، ولا يكون له من ثم الحق في طلب
الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع ، ما دام أنه وجد المبيع على
الأوصاف التي اشتمل عليها العقد^(٣) .

وأرى أنه إذا لم يجد المشتري المبيع مطاباً للأوصاف المذكورة في العقد ،
فثبتت له الحق في طلب الإبطال ، لعدم توافر العلم الحقيقي لديه بالمبيع ،
لأن رضاه كان قائماً على أساس غير سليم .

كما أرى ضرورة التوسع في مفهوم عبارة : " بيان للمبيع وأوصافه
الأساسية " ، والمذكورة في نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، بحيث يجب
أن يمتد الوصف إلى بيان الوضع القانونى للشيء المبيع ، وما يكون محملاً
به من حقوق أو ارتفاقات للغير ، وبيان وضع الشيء المادى ، بما ينطوى
عليه من أوصاف ومكونات ملادية ، وما قد يعتريه من عيوب . فضلاً عن
بيان طريقة استخدام المبيع ، والتحذير من أخطاره . وذلك حتى يصل علم
المشتري بالمبيع إلى حد الكفاية ، كما يتطلب القانون .

^(١) د/ عبد الفتاح عبد الهالى المرجع السابق لـ ٢٦ صـ ٣٩ ،

د/ جيل الشرفاوى المرجع السابق لـ ١٨ صـ ٤٠ ،

د/ عبد العزيز عامر . عقد البيع لـ ٥٠ صـ ٥٦ و ٥٦ طـ ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م ، دار النهضة العربية .

^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الهالى . المرجع السابق لـ ٢٦ صـ ٣٩ .

^(٣) د/ عبد العزيز عامر . المرجع السابق لـ ٥٠ صـ ٥٥ ،

د/ محمد على عمران ود/ السيد عبد نائل . المرجع السابق صـ ١٠٠ .

١٧٩ - الإقرار بالعلم بالأمر

يعتبر المشتري قد علم بالمبيع ، إذا أقر في العقد بعلمه به ، وبالتالي يسقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع ، وهو ما صرح به المادة (٤١٩) في فقرتها الثانية ، والتي تنص على أنه : "إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علم بالمبيع سقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع " .

والإقرار هو : اعتراف مقصود بواقعة منتجة لأثر قانوني ، على عاتق من يصدر منه الاعتراف^(١) .

فإذا اعترف المشتري بعلمه الكافي بالمبيع ، وذكر ذلك في العقد ، فيكون إقراره هذا حجة عليه ، إذ من القواعد المقررة فقهاً وقانوناً أن المرء مؤاخذ بإقراره^(٢) ، وسواء اتفق إقرار المشتري مع الواقع أم لا . لأن الإقرار إذا كان يتفق مع حقيقة الواقع ، كان عاين المشتري المبيع فعلاً ، أو ذكر له البائع بيانه وأوصافه عند العقد ، فيكون قد ارتضى المبيع ، وهو عالم به العلم الكافي . أما إذا لم يتفق الإقرار مع الحقيقة ، بأن لم يعاين المشتري المبيع ولم تذكر له أوصافه ، لا أثناء العقد ولا قبله ، ومع ذلك أقر بعلمه بالمبيع ، وذكر ذلك في العقد ، فهذا الإقرار يفيد أن المشتري لا يطق كبير أهمية على علمه بالمبيع ، أو أنه يتنازل عن حقه في الطعن في العقد بدعوى عدم العلم الكافي^(٣) .

(١) د/ جيل الشقراوى . الإثبات في المواد المدنية - ٦٩ - ١٧٢ و ١٧٣ ، الطبعة الثانية ١٩٩٠ م ، دار النهضة العربية .

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السهورى المرجع السابق ج٤ - ٦٥ - ١٢٣ ،

د/ مصطفى أحمد الزرقاء . المرجع السابق - ٤١ ، ٤٣ - ٥٩ و ٦٣ .

(٣) د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق - ٤١ - ٧١ ،

د/ عبد العزيز عامر المرجع السابق - ٥٠ - ٥٦ ،

د/ جيس غنير المرجع السابق - ٢٨ - ٥٨ =

وتتنازل المشتري عن حقه في الطعن بالإبطال عن طريق إقراره في العقد، بأنه عالم بالمبيع، وذلك على خلاف الحقيقة، يدل على أنه لا يعول أي أهمية على رؤية المبيع، وعلمه به. ولكون أحكام العلم بالمبيع مقرررة لمصلحة المشتري الخاصة، فإن تنازله يعتبر صحيحاً، إذا كان أساسه رضاء غير معيب.

والأثر الذي يترتب على إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع، هو سقوط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع، حسب نص المادة (٤١٩) في فقرتها الثانية.

ويرى جانب من الفقه^(١)، أنه يؤخذ على المشرع القانوني، التعبير بلفظ "سقط" لأنه بذلك يجعل إقرار المشتري بعلمه بالمبيع، من ضمن حالات سقوط الحق في طلب الإبطال، مع أن السقوط يفترض أن الحق في طلب الإبطال قد وجد، والواقع أنه لم ينشأ مطلقاً، لأن سبب حرمان المشتري من طلب الإبطال مصاحب للعقد، فالمشتري لا يستطيع في هذه الحالة الطعن في العقد، حتى يقال أن حقه في الطعن قد سقط.

وهو ما تنبه إليه المشرع الكويتي، فجعل الإقرار بالعلم مانعاً من قيام الحق في طلب الإبطال، وليس مسقطاً له، حيث نصت المادة (٤٥٦/٣)، من القانون المدني الكويتي على أنه: "إذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع، لا يكون له طلب إبطال البيع بدعوى علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع". ومن جانبى أؤيد الرأي السابق فيما ذهب إليه، من كون

= د/ حسام الدين كامل الاخواني، المرجع السابق فـ ١٢٦ صـ ٨٩، ٩٠.

د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوي، المرجع السابق فـ ٢٢٥ صـ ١٧٣ و ١٧٤.

^(١) د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق فـ ٤١ صـ ٧١،

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق جـ ٤ صـ ١٢٤ هامش (١)،

د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق صـ ١٠٨، ١٠٧ هامش (٣)،

د/ مصطفى أحمد الزرقاء المرجع السابق صـ ٦٢، ٦٣ هامش (٣).

الإقرار بالعلم ، متعاً من قيام حق المشتري في طلب الإبطال ، وليس مسقطاً له .

ولكن حرمان المشتري من الحق في طلب الإبطال ، والذي يترتب على إقراره في العقد بالعلم بالمبيع ، يقتضى ألا يكون هذا الإقرار ، قد صدر من المشتري نتيجة لتدليس قام به البائع ، وذلك حسب نص المادة (١٩٤) في فقرتها الثانية .

فإذا لجأ البائع إلى طرق احتيالية للحصول على الإقرار بالعلم من المشتري ، كان قدم إلى المشتري عقوداً صورية تدل على أن للعقد المبيع إيراداً يجاوز إيراده الحقيقي ، أو اطلع المشتري على شيء غير المبيع ، وأوهمه أنه هو المبيع ، وذلك على خلاف الواقع ، ووصل البائع بهذه الحيل إلى الحصول على إقرار من المشتري بعلمه بالشئ المبيع ، لم يكن لهذا الإقرار أى أثر ، وبالتالي لا يحرم المشتري من الحق في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم بالمبيع^(١) .

ويلاحظ أنه لا يقصد بالتدليس هنا معناه القانوني ، كسبب من أسباب الإبطال وعيب من عيوب الرضاء ، وإنما المقصود الغش ، باعتباره يفسد كل شيء^(٢) ، ولذلك لا يلزم أن تتوافر فيه شروط التدليس التي نصت عليها المادة (١٢٥) منى مصرى ، بل أن يكون قد ولد في ذهن المشتري غلطاً دفعه إلى التعاقد . بل يكفى أن يكون التدليس قد أدى إلى الحصول على الإقرار بالعلم ، ولو لم يكن هو الذى أدى بالمشتري إلى التعاقد ، كما لو

(١) د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق فـ ٤١ ص ٧١ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق فـ ٢٨ ص ٤٣ ،

د/ حسام الدين كامل الأهوانى المرجع السابق فـ ١٢٧ ص ٩٠ ،

د/ جميل الشرقاوى المرجع السابق فـ ١٨ ص ٤١ ،

د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق فـ ٦٩ ص ١٠٨ .

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهوانى . المرجع السابق فـ ١٢٧ ص ٩٠ .

دس البائع في العقد عبارة أن المشتري عالم بالمبيع ، فوقع المشتري العقد دون أن ينتبه إلى هذه العبارة ، فيكون للمشتري أن يطلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي ، في حين أنه لا يجوز له ، في هذه الحالة طلب الإبطال بدعوى التدليس الدافع إلى التعاقد^(١) . إذ المقصود بعبارة الملة (٢/٤١٩) " إلا إذا أثبت تدليس البائع " ، أي تدليس البائع في خصوص العلم^(٢) . ويقع عبء إثبات التدليس على المشتري ، وله أن يقيم الدليل عليه بكافة طرق الإثبات^(٣) .

ومن الناحية العملية أصبح الإقرار بالعلم النافي للجهالة ، شرطاً ملوفاً في عقود البيع^(٤) .

وحرصاً على حماية مصلحة المشتري ، والذي يكون في غالب الأحوال مستهلكاً عادياً جديراً بالحماية ، أرى أنه : إذا ذكر في عقد البيع ، أن المشتري عالم بالمبيع ، فإن هذا الإقرار لا يعتبر وسيلة لتحقيق العلم الكافي لدى المشتري بحقيقة المبيع ، كما لا يعد سبباً لإسقاط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، وإنما يعتبر فقط ، قرينة على تحقق علم المشتري بالمبيع ، تمنع قيام حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم ، وهي بالطبع قرينة قابلة لإثبات العكس من قبل المشتري ، فبإذا استطاع المشتري لحضها بأي دليل آخر ، ثبت له الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع .

(١) د/ إسماعيل غانم . المرجع السابق ف ٥١ ص ٨١ .

(٢) د/ عبد المتعم البدرأوى المرجع السابق ف ٣٤ ص ٧٣ ،

د/ جيس خضر ، المرجع السابق ص ٥٨ هامش (٢) .

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ف ٢٨ ص ٤٣ ،

د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق ف ٤١ ص ٧١ ،

د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق ف ٦٩ ص ١٠٨ ،

د/ حسام الدين الأهواني المرجع السابق ف ١٢٧ ص ٩٠ .

(٤) د/ حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ف ١٢٦ ص ٩٠ .

المطلب الثالث

الوسائل الاقتصادية والتقنية

١٨٠ - تمهيد وتقسيم :

أدى التقدم الاقتصادى والتكنولوجى المعاصر فى مجال الإنتاج والتوزيع، إلى ظهور العديد من السلع والمنتجات الجديدة والمتطور ، وقد حرص المنتجون على إبراز مزاياها وفوائدها ، وإعلام المستهلكين بها ، وحثهم على شرائها . واستخدموا الوسائل الاقتصادية والتقنية الحديثة لعمل الدعاية الكافية لهذه المنتجات ، فى صورة تمزج بين الإعلان عنها والإعلام بها .

وأصبحت الدعاية التجارية أحد أهم مصادر المعلومات التى يتلقاها المشتري عن السلعة . فلم تعد تقتصر وظيفتها على الترويج للمبيعات، وجذب العملاء وحثهم على شرائها ، بل تقوم بدور أساسى فى إعلام المستهلك بحقيقة السلعة ، وبيان خصائصها وتركيباتها وطريقة استخدامها^(١) .

وأصبح للإعلان وجه إعلامى يهدف إلى تعريف المستهلك بالسلعة فى جوانبها المختلفة ، وتقديم المعلومات الضرورية عنها .

يتضح ذلك من تعريف الإعلان بالتشريع الفرنسى رقم ٧٩ - ١١٥٠ ، الصادر فى ٢٩ ديسمبر ١٩٧٩ م ، والذي نص فى مادته الثالثة على أنه: " يتكوّن الإعلان من كل وصف أو شكل أو صورة مخصصة لإعلام الجمهور ، أو جذب إنتباهه " . فهذا التعريف للإعلان وإن كان واسعا جدا، فإنه يعتبر أن الإعلان يمكن أن يكون أيضا وفى نفس الوقت إعلام^(٢)

^(١) د/ أحمد السيد الزقرد ، للرجع السابق فـ ٣٥ - ٢٧ وفـ ١٨٦ ص ١٧٩ .

^(٢) (Françoise) LABARTHE , la notion de Document contractuel thèse de doctorat, paris I, 1993 , n 119 , p 96 .

وهو ما يتضح أيضاً من تعريف بعض الفقه المصري للإعلان بأنه :
عملية إتصال غير شخصي ، من خلال وسائل الإتصال العامة ، بواسطة
مطنين يدفعون ثمناً لتوصيل معلومات معينة إلى فئات من المستهلكين
حيث يفصح المعلن عن شخصه في الإعلان^(١) .

ويظهر هذا الوجه الإعلامي للإعلان بوجه خاص في استخدام الوسائل
التقنية الحديثة للإعلان عن المنتجات وعرضها للبيع . وهو ما يعرف في
القانون الفرنسي بنظام le télé - achat ، إذ يشتمل هذا النظام على
عنصر من طبيعة قريبة من الإعلان، حيث يسعى إلى الترويج للسلعة
promotion وجذب العميل وحثه على استهلاكها . كما يتجه إلى إعلام
المستهلكين بمواصفات المنتجات وتركيباتها وطرق استعمالها وغيرها من
المعلومات الأساسية ، وهو ما يسمى في الفقه بوظيفة الإعلام في
موضوع الإعلان^(٢) وبحيث يتحلل هذا النظام في كونه إعلان من طبيعة
خاصة ، إذ يشتمل دائماً على عرض للمنتجات ، مع إيجاب تعاقدى حقيقى
بالبيع^(٣) .

ونتناول فيما يلي :

بيان أهم الوسائل الاقتصادية، والتقنية المستخدمة في الإعلام بحقيقة
المبيعات .

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : الوسائل الاقتصادية .

الفرع الثاني : الوسائل التقنية .

^(١) د/ علي السلي . الإعلان ص ١٠، ١١ ط ١ ، ١٩٧٨ م ، الناشر مكتبة غريب .

^(٢) (Bruno) BIZEUL , le télé - achat et le droit des contrats , thèse de doctorat , paris , 11 , 1996 , n° 226 , p . 204 .

^(٣) (Bruno) BIZEUL , ibid , n° 227 , p . 205 .

الفرع الأول

الوسائل الاقتصادية للإعلام

تتمثل أهم الوسائل الاقتصادية المستخدمة في إعلام المستهلكين بحقيقة السلع والمنتجات في :

الكتالوجات ، عينات السلعة ، الملصقات واللافتات ، النماذج والعلامات التجارية ، الكوبونات ، أوامر الشراء والفواتير .
ونقتول فيما يلي بيان كل وسيلة من هذه الوسائل .

١٨ - الكتالوجات . les catalogues

يعتبر الكتالوج هو العنصر الجوهرى والوسيلة الأساسية للبيع بالمراسلة la Vente par correspondance ، حيث : يتم التعاقد بين غائبين ، ويكون الكتالوج هو أداة الاتصال بينهما^(١).

والكتالوج قد يتخذ شكل ورقى كتابى un catalogue écrit ، وقد يكون في صورة شرائط فيديو ، أو اسطوانات ، يمكن الإطلاع عليها بواسطة جهاز التلفزة أو الحاسب الآلى، وهو ما يعرف بالكتالوج السمعى البصرى un catalogue audiovisuel ، أو كتالوج الصور المتحركة Video catalogue animé ، وهو أكثر انتشاراً اليوم^(٢) .

والكتالوج يقوم بدور هام في الإعلام الجدى للمستهلكين بحقيقة المنتجات، حيث يحتوى على العناصر التالية:

^(١) Madame (Béatrice) DELEGUE , la Vente par catalogue et sa place dans la distribution, et l'économie . essai de comparaison Mondiale, thèse de doctorat, paris 1, éd , 1975, pp. 40 et 47 .
carole MORNET , la Vente par correspondance , these de doctorat , paris . 1 , 1984, n° 8 , p.6 .

^(٢) Bruno BIZEUL , thèse précitée , n° 76 , p. 74 .
jean philippe KISTNER la Vente par correspondance thèse de doctorat , BORDEAUX , 1, 1990 . p 39 . (jeane) JOUBERT, Quel avenir pour la Vente par catalogue ? . Revue Fran Çaise du Marketing, n° 126 - 1990/ 1 p 45 .

١ - العرض الجذاب للسلع والمنتجات ، والذي يحمل على إقناع المستهلك بالشراء . وذلك عن طريق استعمال الوصف التصويرى لجودة المنتجات المعروضة ، باستخدام الألوان والصور الإيضاحية والورق الفاخر^(١) .

٢ - الوصف la discription ، للسلع المعروضة، على أن يكون هذا الوصف واضحاً ومفصلاً وديقاً وكاملاً، بما يحقق الإعلام الكافى والجدى والموضوعى عن المنتجات^(٢) .

٣ - بيان ثمن السلعة وشروط البيع بوضوح، ودون لبس أو غموض، وكافة المعلومات التى تشبع حاجة المشتري فى الإعلام، وتجب على كافة الأسئلة التى يمكن أن يضعها العميل^(٣) .

وبذلك يعتبر التكنولوجيا وسيلة كافية للإعلام بما يتضمنه من وصف دقيق للمنتج المبيع وخصائصه وتركيباته وطرق استعماله وثمنه وطرق دفع الثمن وشروط البيع وضمن ما بعد البيع وغيرها من البيانات الهامة^(٤) . كما يعتبر التكنولوجيا وثيقة تعاقدية ووسيلة إثبات هامة بما يتضمنه من بيانات تحدد رضاء المتعاقد وتحثه على التعاقد، ولذلك نلتزم.

^(١) (Jean .philippe) KISTNER , thèse précitée p.34.

د/ عمود فؤاد محمد إدارة المبيعات ص ١٥٥ ط ١٩٩٠ - ١٩٩١ م

^(٢) Bruno Manuel et Dominique xardel , le Marketing direct en France 2 éd 1985 , p 189 , Jean philippe KISTNER . thèse précitée , p 35 .

^(٣) (Jean philippe) KISTNER la Vente par correspondance , thèse précitée p . 35 .

^(٤) Carol MORNET , thèse précitée n° 43 , p . 32 .,
(Bruno) Manuel et (Dominique) xardel , op . cit p 189 .

د/ أحمد السيد الزرقد المرجع السابق ف ١٨٧ ص ١٨٢ .

د/ عمود فؤاد محمد ، المرجع السابق ص ١٥٥ ، د/ حسن أحمد تولى إدارة المبيعات ص ١٧٢ ط ١٩٨٧ -

مؤسسة البيع المصدرة له ، بتنفيذ ما ورد فيه من بيانات وإلا ترتبت مسئوليتها^(١).

١٨٢ - مخبرات السلعة - les échantillons .

قيام البائع بعرض عينة من السلعة على العميل ، وتهيئة الفرصة لهذا الأخير لمشاہدتها بعينه ، أو لمسها بيده ، واختبارها بنفسه وتذوقها في بعض الحالات ، أو شمها في حالات أخرى ، يساعد المشتري في الوقوف على حقيقة السلعة ، ويثير رغبته في شرائها ، بعد إقتناعه بالمزايا والخصائص المتوفرة فيها^(٢) .

١٨٣ - المصصقات واللافتات والإعلانات .

les panneaux , Affiches , et écriteaux .

تستخدم المصصقات واللافتات ، كوسيلة للإعلان عن المنتجات ، ونقل المعلومات عنها إلى المستهلكين . وقد انتشرت هذه الوسيلة بصورة كبيرة في الوقت الحاضر ، حيث يستعملها كل من يريد تقديم خدمة أو سلعة للمستهلكين ، كالمهنيين وأصحاب الفنادق والمطاعم وغيرهم^(٣) .
وتثير هذه الطريقة التساؤل حول مدى التزام العميل بقراءة هذه اللوحات ، أو تلك اللافتات الموضوعة في محال البيع . والواقع أنه إذا كانت المصصقات واللوحات ظاهرة وموضوعة في أماكن مختلفة في محلات البيع ، وكفت البيانات التي تشتمل عليها هذه اللوحات ، أو تلك اللافتات والمصصقات واضحة وسهلة القراءة بحيث يمكن الاطلاع عليها بسهولة ، فإنه يحتمل على العميل عبء الاطلاع عليها وقراءتها . وهذا العبء

(١) (Françoise) LABARTHE , la notion de document contractuel thèse précitée , n° 166 , p . 120 .

(٢) د/ حسن أحمد توفيق . المرجع السابق ص ١٦٩ ، د/ محمود عبال ود/ أحمد سرور ، البيع والإعلان ص ٧٨ - ١٧٧ م مكتبة عين شمس .

(٣) (Jean) ALISSE , thèse précitée , n° 181 , p . 158 .

المحتم على العميل ، يوجد أسلمه النظرى فى الالتزام بالإبلاغ والإعلام .
لأنه إذا كان يوجد إلتزام على عاتق البائع بوضع هذه المصنفات
واللافتات ، فإنه يقع على عاتق العميل التزام بالإطلاع عليها ، والاستعلام
عنها ، والاستفسار بشأنها من المهنى أو تابعيه^(١) .

١٨٤ - النماذج والعلامات التجارية . . Normes et labels

قد يقمّ البائع إلى المشتري نموذج للسلعة لتعريفه بها ، ويمكن غن
طريق تشغيل هذا النموذج ، وتحريكه على هيئة تشغيل السلعة ، أن
يتحقق المشتري من المواصفات المادية للسلعة ودرجة جودتها وطريقة
استخدامها^(٢) . كما يمكن بطلاع المشتري على العلامة التجارية معرفة
المواصفات الأساسية للسلعة^(٣) . والعلامة أو الماركة التجارية والصناعية
هى : كل رمز يتخذ شعاراً مميزاً لمنتجات مشروع صناعى أو زراعى أو
تجارى ، أو صناعات استخراجية ، أو يتخذ شعاراً للخدمات التى يؤديها
المشروع . (المادة الأولى من قانون العلامات التجارية المصرى).
والعلامات التجارية تقوم بوظيفة تمييز المنتجات أو البضائع ، بالتدليل
على مصدرها ، أو نوعها ، أو طريقة تحضيرها أو ضمانها ، كما تعمل
على جذب العملاء . إذ أن المستهلك عندما يقدم على شراء سلعة ما إنما
يربط ولا شك بين العلامة التجارية وبين خصائص السلعة^(٤).

١٨٥ - الكوبونات

يعتبر الكوبون أحد صور البيع بالمراسلة ، حيث ينشر فى الصحف
والمجلات ، ويتضمن الاشتراك الشهري أو السنوى للصحيفة أو المجلة .

(١) (Vassili) CHRISTIANOS , thèse précitée , pp. 296 et 297 .

(٢) د/ على عبد المجيد عبده الأصول العلمية للتسويق ص-١٨٣ ط١ الماعرة ١٩٨٦ م .

د/ حسن أحمد توفيق ، إدارة المبيعات المرجع السابق ص١٦٩ و١٧٠ .

(٣) (GUY) Raymond , la Vente des marchandises , op . cit , p 52 .

(٤) د/ أحمد السيد الزقرد . المرجع السابق ص١٣ -١٧ .

وهو يحتوى على مجموعة من البيانات التى تسهم فى إعلام العملاء بحقيقة السلع والمنتجات التى يرغبون فى شرائها^(١) .

١٨٦ - أوامر الشراء والفواتير . le Bon de commande et les factures

تتضمن أوامر الشراء التى يوقعها العميل لطلب البضاعة ، وكذلك الفواتير بيانات هامة عن السلع والمنتجات ، منها : نوع السلعة وكميتها وثمنها وتاريخ البيع، وغيرها من البيانات^(٢) .

(١) د/ عمود لؤاد محمد المرجع السابق ص ١٥٧ ،

د/ أحمد السيد الزقرد ، المرجع السابق فـ ١٩٤ ص ١٩٠ .

(٢) paul PIGASSOU , les mentions sur Facture après la loi du 1er Juillet 1996 , D . 1997 , chronique , pp . 157 et S .

الفرع الثاني

الوسائل التقنية للإعلام

تتمثل أهم الوسائل التقنية الحديثة المستخدمة في إعلام المستهلكين عن السلع والمنتجات في :

الراديو ، التلفزيون ، للتليفون (الهاتف) ، المينيتل ، الحاسب الآلى ، الإنترنت .

ونتناول فيما يلى بيان دور هذه الوسائل في الإعلام بالمبيعات .

١٨٧ - الراديو والتليفزيون . (الإذاعة الصوتية والمرئية)

radiodiffusion Sonore et la télévision

تعتبر الإذاعة من وسائل الإعلام الرئيسية ، التى تخدم الجمهور وتعمل على زيادة ثقافته وتنمية معوماته . ومن مزاياها: أنها سمعية تتيح الفرصة للشرح الوافى والاتصال بالمستهلكين المرتقبين ، ويستطيع المعطن عبر الإذاعة أن يذيع رسالته بلغات مختلفة ، تناسب جمهور المستمعين للإذاعة ، كما تسمح هذه الوسيلة بنقل الرسالة الإعلانية إلى جمهور المستهلكين للسلع والخدمات ممن لا يعرفون القراءة^(١) .

ويلتزم البائعون المهنيون الذين يقدمون عروضهم عبر الإذاعة ، بأن يدلوا للمستهلكين بمعلومات فعلية وحقيقية عن السلع والمنتجات ، تشمل على بيانات شفوية des indications Verbales تقدم عند إذاعة العرض على الهواء بالراديو^(٢) .

أما إذا كان العرض مذاعا بطريق التلفزيون ، وهو وسيلة سمعية بصرية audiovisuelle ، حيث تلعب فيه المناظر والإضاءة دورا هاما فى إبراز

(١) د/ محمود صاف ود/ أحمد سرور الببح والإعلان المرجع السابق ص ٣٠-٣١٣ .

(٢) (Bruno) BIZEUL, le télé - achat et et droit des contrats , thèse précitée , n° 242, p.215 .

الحركة والصورة والتعبير ، بالإضافة إلى الصوت^(١) ، فإنه يقع على عاتق البالغين المهنيين والصناع ، الذين يعرضون منتجاتهم عبر التليفزيون ، الالتزام بإعلام المستهلكين من المشاهدين ، ببيانات ومواصفات السلعة أو المنتج المعروض وتقديم المعلومات الفعلية والحقيقية عنها ، عند إذاعة العرض على الهواء . ويتم ذلك عن طريق تقديم معلومات شفوية ، أو بيانات مكتوبة تظهر على الشاشة ، وعرض صور ومواصفات السلعة ، ونماذج لها ، تعرض في الفيلم أو البرنامج المذاع .

ويتبع لتحقيق ذلك ثلاثة مراحل :

- المرحلة الأولى :

بيان حداثة وفائدة وأهمية السلعة ، عن طريق قيام مقدم البرنامج بالشرح والتطبيق على نموذج أو صورة السلعة المعروضة على الشاشة ، وإبراز مزايا السلعة واستعمالاتها الجديدة والتطبيقات المختلفة لها ، فضلاً عن الاستشهاد باعترافات الأشخاص المجربين للسلعة والذين يوصون باستعمالها . وفي هذه المرحلة لا يكون قصد المهنيين إعلام المستهلك بالمعنى الدقيق ، وإنما تنمية السلعة والترويج لها ، بحث المستهلك على الدخول في سباق التعاقب^(٢) .

- المرحلة الثانية :

وتشتمل حسب الأصل على عرض بيانات ومواصفات أكثر تحديدا وإيضاحا عن السلعة ، وذلك بتقديم صورة تثبت مواصفاتها الأساسية وخواصها الفنية وعدد القطع التي تتكون منها وطرق استعمالها ومدة الاستعمال^(٣) .

^(١) د/ عمود عفاف ود/ أحمد سرور المرجع السابق ص ٣١٥ .

^(٢) (Bruno) BIZEUL, thèse précitée , n° 242 , p. 215 .

^(٣) (Bruno) BIZEUL, ibid , n° 242 , p. 215 .

- المرحلة الأخيرة :

وتشتمل على بيان الشروط القانونية للعرض للتعاقدى . وفى هذه المرحلة يبين مقدم البرنامج النقوش والترقيمات المدونة على الشاشة ، وينكر على الأخص الرقم الخاص بالسلعة عند طلبها la référence ، ويوضح ثمن السلعة وطريقة سداده ، ونفقات النقل ، ويذكر رقم التليفون أو المينيتل ، الذى يتم الاستعلام والتعاقد من خلاله^(١).

وقد نظم القانون الفرنسى ، بتشريع ٦ يناير سنة ١٩٨٨ م ، عمليات البيع عن بعد ، les opérations de Vente à distance ، والتى تتم باستخدام الوسائل التقنية فى الإعلام كالتليفزيون ، وهى ما يطلق عليها مسمى le télé - achat^(٢) ، تعبيراً عن استخدام الوسائل التقنية ، السمعية والبصرية des medias audiovisuels ، فى عرض السلع والمنتجات للبيع ، وبيان مواصفاتها عبر برامج des émissions radiodiffusion Sonore والتليفزيون la télévision ، أو عرض صور السلعة ومواصفاتها فى أفلام مسجلة على شرائط فيديو كسيت ، vidéographie diffusée وتوزيعها على المستهلكين ، وبحيث يتم الاستعلام بشأنها والتعاقد عليها بواسطة التليفون أو المينيتل^(٣).

(١) (Jean philppe) KISTNER, la Vente par correspondance, thèse précitée p. 40.,

(Francis) DELBARRE, la vente par corrrpondance et à distance, offre des produits et services, Gaz. pal, 1993 n° F , pp . 186 et 187., Bruno BIZEUL, thèse précitée , n° 242 , p . 216.

(2) la loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le " télé - achat " , par Gilles PAISANT . J.C.P. 1988, doctrine 3350 , Bruno BIZEUL, ibid , n° 33 , p . 41 ., (Francis) DELBARRE , article précite , n° F , p . 186 .

(3) (Bruno) BIZEUL , thèse précitée , n° 1 , p.5 . nos 12 et 13 , p. 28 .

١٨٨ - التليفون أو المينيتل . le téléphone ou le minitel

بالإضافة إلى المعلومات التي يقدمها البائعون المهنيون عن السلع والمنتجات عبر الوسائل السمعية البصرية على الهواء ، فإن المستهلكون يستطيعون الحصول على معلومات أخرى ، إما بالمينيتل وإما بالتليفون ، ويكون ذلك لاحقاً للبرامج السمعية البصرية ، خلال فترة من الزمن قد تطول أو تقصر ، ولتكن مدة العرض المبين على الهواء ، وهذه المعلومات تحدد وتوضح العرض السمعي البصري وتكمله^(١) . وتكون هذه المعلومات عبارة عن إيضاحات تتعلق بالضمان العتدي أو كان موجوداً ، ومدته ، وخدمة ما بعد البيع ، وشروط رد وإعادة السلعة ، وخصوصاً المصاريف المترتبة على الرد ، وطرق سداد الثمن ومدته^(٢) . ومن المعلومات الهامة التي يمكن الاستعلام عنها بالتليفون أو المينيتل ، مدة وتاريخ التسليم ، لأنها لا تذكر عادة في البرامج المذاعة على الهواء^(٣) .

وبذلك فإن المينيتل أو التليفون يقوم بدور هام في الحصول على بيانات ومعلومات إضافية وتكميلية ، وشرح لبعض النقاط ، بدلا من كتابة رسالة بريدية ، أو الذهاب إلى مكتب تلقى الطلبات بمؤسسة البيع للحصول على المعلومات اللازمة ، كما يمكن استخدام التليفون للحصول على المعلومات اللازمة خارج ساعات خارج ساعات عمل المؤسسة ، حيث يستطيع المستهلك أن يسجل رسالته على الجهاز المغناطيسي^(٤) .

(١) (GUY) Raymond , vente des marchandises , op . cit . , p . 42 , (Bruno) BIZEUL , ibid , n 248 , p . 220 .

(٢) (Bruno) BIZEUL , thèse précitée , n° 254 , p . 223 .

(٣) (GuY) Raymond , commentaire de la loi , n° 92 - 60 du 18 Janvier 1992 , Renforçant la protection du consommateur , contrats , conc cons , Février 1992 , n° 28 , Bruno BIZEUL , ibid , n° 253 , p . 223 .

(٤) madame (Béatrice) DELEGUE , la vente par catalogue , thèse précitée p . 10 .

١٨٩ - الحاسب الآلى (الكمبيوتر) Pordinateur

إذا كان العميل يستطيع أن يحصل على معلومات عن السلعة التى يرغب فى شرائها ، باستخدام التليفون أو المينيل، فإن الحاسب الآلى هو الذى يرد ويجب على التليفون . حيث إن مؤسسة البيع تسمح للشخص بإجراء طلبه مباشرة على الحاسب الآلى^(١) وباستخدام الحاسب الآلى أو جهاز التلغزة ، المتصل بأداة عرض الصور وإرسالها إلى مسافة عن طريق خط إتصالات Vidéotex يستطيع العميل مناداة الحاسب الآلى المركزى لمؤسسة البيع عن بعد ، لفتح شريطه التصويرى Son Vidéodisque، وعرض السلع واختيارها ، وطلبها من بعد ذلك بنفس القناة^(٢) ، وبذلك يستطيع العميل أن يرى نمونجا أو صورة السلعة على شاشة الحاسب الآلى ويعرف مواصفاتها ، كما يعرف تاريخ التسليم باليوم والساعة ، ويجد الأجوبة عن كافة الأسئلة التى يضعها ، لأن هذه الأجوبة تكون مزودة بالحاسب الآلى لمؤسسة البيع بالمراسلة ، والتى بواسطتها سيجد العميل نفسه فى علاقة مباشرة^(٣) .

كما أن العميل يستطيع أن يطلب السلعة عن طريق الحاسب الآلى ، بأن يقوم بإدخال رقمه وعنوانه على الحاسب الآلى. ويقوم الحاسب الآلى بالتحقق عما إذا كان هناك تطابق بين هذا الرقم والعنوان ، بالتطابق مع رقم العميل المسجل فى بطاقات بيانات العملاء ، المسجلة فى الحاسب الآلى ، ويستطيع العميل بعد ذلك أن يذكر أرقام السلع التى يرغب فى شرائها وكميتها ، والحاسب الآلى يقوم مباشرة وعلى الفور بتحديد السلع

(١) (yves) pottier, la protection de l' acheteur par correspondance, thèse de doctorat, poris x, NANTERRE, 1982 , n° 945 , p. 338 .

(٢) (Jean) JOUBERT , Quel avenir pour la Vente par catalogue article précité , p 45.

(٣) (yves) POTTIER , thèse précitée , n 942 , p. 337 .

الحاضرة ، وأتماتها ، وتحوى بطاقة بيانات السلع في الواقع كل المعلومات التي تهم العميل عن السلعة .
وأخيرا فإن الحاسب الآلي يستفهم من العميل عن مكان التسليم وطريقة دفع الثمن ، والعميل يستعمل الأرقام المخصصة للإجابة عن ذلك ، والحاسب الآلي يدعو العميل إلى قطع المخابرة التليفونية بعبارة " طلبك تم تسجيله شكرا ، تستطيع أن تنهى المخابرة " ، والطلب يتم تسجيله في نفس اليوم ^(١) .

١٩٠ - الإنترنت L' INTERNET .

تعتبر شبكة المعلومات العالمية " الإنترنت " ، إحدى كبريات شبكات المعلومات في العالم ، حيث إنها تربط ملايين أجهزة الكمبيوتر على مستوى العالم ، مما جعلها أكبر الشبكات على الإطلاق وأوسعها نطاقا .
وتقوم الكثير من الشركات والمؤسسات بوضع معلومات على هذه الشبكة ، حتى تكون في متناول هذا العدد الضخم من المستخدمين لها على مستوى العالم كله .

ويستطيع البائعون المهنيون والصناع ، القيام بالدعاية الفعالة لمنتجاتهم وخدماتهم ، وكسب العملاء من خلال تسجيل معلومات وبيانات عن هذه المنتجات على شبكة الإنترنت العالمية . وعن طريق هذه الشبكة يستطيع العميل أن يعاين السلعة أو المنتج الذي يرغب في شرائه ، ويعلم بحقيقته ، وهو في منزله ، عن طريق الكمبيوتر المتصل بشبكة الإنترنت .
ونظرا للأهمية البالغة للمعلومات المسجلة على شبكة الإنترنت فإنه يجب حمايتها ، بحيث يبقى استعمال هذه المعلومات في إطار التقنيين المتعلق بالمعالجة الآلية للمعلومات ^(٢) .

(١) (yves) POTTIER, ibid , n° 946 , pp . 338 et 339 .

(٢) Dossier INTERNET, l' intelligence économique, l'internet et le droit, gaz - pal . 1997, pp . 113 et 114 .

المبحث الثاني

وسائل تحقق العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي

١٩١ - تمهيد :

تختلف الوسائل التي يتحقق بها العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي تبعاً لما إذا كانت العين المبيعة ، موجودة في مجلس العقد أو غائبة عنه . فإذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد ، فإن الوسيلة الأصلية للعلم بها هي : الرؤية . أما إذا كانت العين المبيعة غائبة عن مجلس العقد ، فإن وسيلة العلم بها هي : الوصف . ونتناول فيما يلي : بيان هاتين الوسيلتين الهامتين للاستعلام والإعلام بحقيقة المبيع في الفقه الإسلامي .

١٩٢ - الوسيلة الأولى : رؤية المبيع .

يستطيع المشتري أن يطم بحقيقة العين المبيعة عن طريق رؤيته لها . فقد اتفق الفقهاء على أن رؤية محل العقد ، يحصل بها العلم بالمبيع علماً ينفي الجهالة ويمنع النزاع^(١) .

وذهب المالكية والشافعية إلى أنه يشترط حصول الرؤية لتحقيق العلم بالمبيع ، إذا كان موجوداً في مجلس العقد ، فإن لم يره المتعاقد كان العقد باطلاً^(٢) ، إلا أن فقهاء المالكية ، أجازوا استخدام الوصف كوسيلة للعلم في المبيع الحاضر ، إذا تعذرت الرؤية ، بأن كان فيها مشقة^(٣) .

ويجب أن تكون الرؤية كافية لحصول العلم بحقيقة المبيع ومعرفة المقصود الأصلي منه . وسواء تمت الرؤية عن طريق معاينة المبيع

(١) المبدع في شرح المقنع ج٤ ص ٢٥٢ ، د/ عبد الفتاح محمد عبد الوهاب فايد ، محل العقد في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ص ٢٤٥ ط ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر .

(٢) مواهب الجليل ج٤ ص ٢٨٥ و ٢٨٦ ، مفتي احتاج ج٢ ص ١٨ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٢٤٤ ، مواهب الجليل ج٤ ص ٢٨٦ .

ومشاهدته بالنظر^(١) ، أم عن طريق استخدام حاسة أخرى من الحواس ، كاللمس أو الجس ، أو الذوق أو الشم أو المصع ، فلروية تكون في كل شيء على حسب ما يليق به^(٢) .

فالأمشياء التي يتم العلم بالمقصود منها بالنظر والمباشرة كالعقار وصبرة القمح والدواب ، يكتفى بالنظر إليها ، فإذا نظر إليها المشتري ، ورضى بها ، تحقق العلم بالمقصود وأنتهى خبره ، والأمشياء التي تعلم بالجس كالشاة ، يكتفى فيها به ، وما يعرف بالشم كالطبيب وللوائح العطرية ، يكتفى فيها للشم ، وما كان سبيل معرفته الذوق كالصل ، فهو كاف فيه ، وأخيرا فإن الأشياء التي لا تعرف إلا بالاستماع إلى صوتها ، فإنه يجب سماعها للعلم بها ، ومثلوا لها قديما بدفوف المغازي ، فلا بد من سماع صوتها لأن العلم بالشيء يقع باستعمال آلة إدراكه ، فلا يسقط خياره حتى يدركه^(٣) ، وفي ذلك يقول العلامة لمرغيناتي : " وفي شاة اللحم لا بد من الجس . وأضاف العلامة ابن الهمام : فلا يكتفى بالروية ما لم يجسها ، لأن المقصود وهو اللحم يعرف به . وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع ، وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لأن ذلك هو المعرف للمقصود^(٤) .

والروية التي يتحقق بها شرط العلم ، هي رؤية المبيع وقت التعاقد أو قبله بزمان قليل لا يتغير فيه المحل عادة ، كالحديد والنحاس والأرض وغيرها ، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، لأن المقصود هو العلم بمحل العقد ، والروية قرينة على هذا العلم .

(١) مفق المحتاج جـ ٢ ص ١٨ .

(٢) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢٩١ ، مفق المحتاج جـ ٢ ص ٢٠ ، روضة الطالبين جـ ٣ ص ٣٧١ ، ٣٧٢ ، خرج منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٤٦ .

(٣) رد المختار جـ ٤ ص ١٠٣ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص ٢٧ ، د/عبد الستار عبد الكريم أبو غده ، الخيارات وأثرها في التصرفات الرمالة السابقة ص ٣٨٦ .

(٤) المدابة مع شرح فتح القدير جـ ٣ ص ١٤٣ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص ٢٧ .

وقد خالف في ذلك بعض الفقهاء من الحنابلة واشتروا أن تكون الرؤية وقت التعاقد ، وهي رواية عن الإمام أحمد ، ونقل عن الحكم وحماد وبعض الفقهاء .

ودليلهم على هذا القول : أن ما كان شرطاً في صحة العقد ، يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة على النكاح^(١) ، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، وهو كفاية الرؤية السابقة على التعاقد بزمن لا يتغير فيه المحل عادة ، ذلك أن الرؤية لا تقصد لذاتها ، حتى يقال بوجوب توافرها وقت التعاقد ، وإنما تقدر لتحقيق شرط العلم لأنها قرينة عليه ، والعم بمحل العقد قاتم وقت التعاقد بالرؤية السابقة عليه ، فكان الشرط وهو العلم موجوداً عند التعاقد^(٢) .

١٩٣ - رؤية بعض المبيع :

إذا رأى المشتري بعض المبيع دون البعض وكان ما رآه يكفي للعم بحال الباقي ، فإن ذلك يكفي لتحقيق شرط العلم وبالتالي لصحة البيع ، فلا يقوم حق المشتري في الخيار .

فقد ذهب فقهاء الحنفية والشافعية إلى أنه : لو رأى المشتري ، بعض المبيع دون البعض ، وهو ما يستدل برؤية بعضه على الباقي ، كرؤية ظاهر الصبرة ، صح البيع ، لأن رؤية جميع للمبيع غير مشروطة لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود^(٣) . والمراد برؤية ما يؤذن

(١) الشرح الكبير مع المفتي ج٢ ص ٢٧ ، كشاف القناع ج٣ ص ١٦٣ .

(٢) د/ عبد الفتاح محمد عبد الروباب فايد ، الرسالة السابقة ص ٢٤٦ .

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير ج٥ ص ١٤٢ ، المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٢٩٧ .

بالمقصود : أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له^(١) .

وذهب فقهاء المالكية إلى أنه يكفي برؤية بعض المبيع ، إن دل على باقيه ، وذلك إن كان المبيع مثليا ، من مكيل كقمح ، وموزون كقطن وكتان ، بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه^(٢) .

وعند فقهاء الحنابلة ، تكفي رؤية بعض المبيع ، إن دلت رؤية بعضه على بقيته ، أو كان المرئي متمسكاً بالأجزاء من حب أو تمر ، ونحوهما^(٣) .

والحاصل أنه إذا كان باقي المبيع أردأ مما رأى المشتري ، فلا تكفي رؤية بعضه ، ويبقى على خياره ، أما إذا كان الباقي على مثل ما رآه المشتري ، أو أجود ، فلا خيار له^(٤) .

١٩٤ - رؤية الأعمى :

اختلف الفقهاء في حكم بيع الأعمى وشرائه ، فذهب جمهور الفقهاء ، من الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والظاهرية ، إلى القول بجواز صحة بيع الأعمى وشرائه^(٥) .

وذهب فقهاء الشافعية ، في الرأي الراجح عندهم إلى القول بعدم صحة بيع الأعمى وشرائه^(٦) .

(١) رد المحتار لابن عابدين ج٤ ص ١٠٠ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ٢٣ .

(٣) كشف القناع عن من الإنفاع ج٣ ص ١٦٣ .

(٤) د/ ياسين أحمد إبراهيم حواشي ، الفر وأثره في العقود الرسالة السابعة ص ٣٣٢ .

(٥) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦ ، شرح العناية على الهداية وفتح القدير ج٥ ص ١٤٦ حاشية الدسوقي

ج٣ ص ٢٤ ، مواهب الجليل والناج والإكليل ج٤ ص ٢٩٤ ، كشف القناع ج٣ ص ١٦٥ ،

شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ١٤٦ ، التاج للمذهب ج٢ ص ٣١٥ ، أغني لابن حزم ج٩ ص ٦١٥ .

(٦) المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٣٠٢ .

وبناء على رأى جمهور الفقهاء فإنه يجوز بيع الأعمى وشراؤه ، سواء ولد أعمى ، أو طرأ عماء في صغره ، أو بعد كبره^(١) ، ويثبت له الكسب في العلم بالمبيع .

وتختلف وسيلة تحقق العلم بالمبيع لدى الأعمى باختلاف الأشياء ، فإين كان المبيع من المرئيات بحيث تكون رؤيته ، ومعرفته بحاسة البصر ، هى السبيل إلى العلم به ، فإن طريقة العلم بهذا الشيء بالنسبة للأعمى ، هى أن يوصف له وصفا كاملا ، كما لو اشترى عقرا فيكتفى فيه بالوصف ، لأنه لا سبيل له في معرفته إلا به ، والوصف يقوم مقام للرؤية في حيق البصير^(٢) .

وإذا كان المبيع المعقود عليه من غير المرئيات ، بحيث يمكن أن يدرك بأى حاسة من الحواس الأخرى غير الرؤية بالنظر ، كاللمس والشم والذوق والسمع ، فإن الأعمى يستطيع أن يقوم بذلك بنفسه ، ويكفى هذا لتحقيق العلم الكافى بالمبيع لديه ، فلا يقوم حقه في الخيار^(٣) .

ويدخل في نطاق وسيلة الرؤية ، قيام المشتري باختبار المبيع للوقوف على حقيقة ، إذا كان المبيع - نظرا لطبيعته - لا يمكن معرفة مواصفاته وخصائصه إلا بتجربته ، فيخول المشتري هذا الحق إذا اشترط ذلك في العقد ، طبقا لما قرره الفقهاء من أحكام لخيار الشرط .

(١) شرح الخرى ج٥ ص٣٢ ، الشرح الكبير للردير ج٢ ص٢٤٤ .

(٢) بين الحقائق للزبلى ج٤ ص٢٨ ، الشرح الكبير وحاجية للمولى ج٢ ص٢٤٤ ، الشرح الكبير على من المقتع مع المفتى ج٤ ص٢٨ .

(٣) بدائع المتابع ج٧ ص٣٣٦ ، بين الحقائق ج٤ ص٢٨ ، كشاف القناع عن من الإقناع ج٣ ص١٦٥ ، الشرح الكبير مع المفتى ج٤ ص٢٨ .

١٩٥ - الوصلة الثانية : وصف المبيع .

يقوم وصف المبيع مقام رؤيته في تحقق العلم لدى المشتري . ولذلك يصح البيع إذا وصف المبيع بما يصح للسلم فيه ، لأن الوصف يحصل به معرفة المبيع^(١) .

وقد ربط الفقهاء جواز البيع على الوصف بحكم بيع العين الغائبة .

المقنن والعين الغائبة :

هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الخارج ولكنها غير مرئية وسواء أكانت موجودة في مجلس العقد أم غير موجودة . فالمراد بالغيبة الغيبة عن البصر ، وعلى هذا فيبيع المعلوم لا يدخل في بيع الغائب ، وإن كان كل معلوم غائبا . ويدخل في بيع الغائب ما كان حاضرا في مجلس العقد ولكنه غير مرئي ، كشيء في بطن صندوق^(٢) .

١٩٦ - حكم بيع العين الغائبة :

التعاقد على المبيع الغائب قد يتخذ إحدى صور أربع . وهي إما أن يكون موصوفا بجنسه أو نوعه أولا ، وفي كل إما أن يكون البيع على جهة الخيار أولا . فتلك صور أربع ، منها صورة متفق على حرمتها وعدم جوازها بين الفقهاء جميعا ، وهي : بيع الغائب الذي لم يوصف ولم يذكر جنسه ولا نوعه ، وكان البيع على وجه اللزوم^(٣) ، ومثالها : أن يقول البائع للمشتري ، بعتك غالبا بمائة جنيه على جهة اللزوم ، ولم يعرف

^(١) الشرح الكبير للردبر ج٣ ص٢٤ ، بداية الجهد وغاية المقصد ج٢ ص١١٧ ، شرح مصيبي الإردادات ج٢ ص١٤٦ ، الشرح الكبير مع المفتي ج٤ ص٢٥ كشف القناع عن من الإقناع ج٣ ص١٦٣ ، الكافي ج٢ ص١٣ .

^(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص٢٧ ، د/ الصايغ عماد الأمين الضريب ، الفرز والرء في العقود ، الرسالة السابقة ص٣٩٤ .

^(٣) د/ رمضان حافظ نظرية الفرز في عقد البيع ، البحث السابق ص٩٤ .

المشتري جنس المبيع ولا نوعه ، فهذه الصورة من الفرر الفاحش
المجمع على حرمتها . أما الصور الثلاثة ، وهي :

- بيع الغائب دون وصف له مطلقا وكان البيع على الخيار .
 - بيع الغائب مع وصفه وكان البيع على اللزوم .
 - بيع الغائب مع ذكر وصفه وكان الخيار للمشتري فقط .
- فهذه الصور الثلاثة قد وقع بشأنها الخلاف بين الفقهاء وأنقسم الفقه في ذلك على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

يمنع بيع الغائب مطلقا ، سواء كان البيع على الخيار أم لا ، وسواء وصف المبيع أم لا وهو قول الإمام الشافعي في مذهبه الجديد^(١) ، حيث يشترط رؤية محل العقد سواء كان حاضرا في مجلس العقد ، أم غائبا عنه ، حتى يتحقق شرط العلم بالمبيع ، ويصح العقد .

الرأي الثاني :

يذهب إلى جواز بيع الغائب ، سواء وصف المبيع أم لا ، لكن بشرط أن يكون البيع على الخيار للمشتري . وهو ظاهر الرواية عند الحنفية وفي رواية عند المالكية^(٢) .

الرأي الثالث :

يذهب إلى جواز بيع الغائب إذا كان موصوفا وصفا كاملا لجنسه ونوعه ، فإذا وجد المشتري المبيع مطابقا للوصف ، لزم البيع ، ولا خيار له ، أما إذا لم يكن المبيع مطابقا للوصف ، كان للمشتري الخيار . وهو قول

(١) المجموع شرح المذهب ج٩ ص٢٨٨ و٣٠١ ، لمحة الخجاج ج٢ ص٤١٥ ، ٤١٦ ، مفتي الخجاج ج٢ ص١٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص١٣٧ ، الشرح الكبير للدردير ج٢ ص٢٥ ، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٩٦ .

المالكية والقول الصحيح عند الحنابلة^(١) ، وهو قول العلامة ابن حزم أيضاً ، إلا أنه قال : إذا كان الوصف مطابقاً لزم البيع ، وإلا كان البيع باطلاً ووجب الفسخ^(٢) .

١٩٧ - الأدلة والناقضة والمناقضة .

أدلة أصحاب الرأي الأول ،

استدل الشافعية على ما ذهبوا إليه من منع بيع الغائب مطلقاً ولو وصف وصفا تلمذاً ، بما يلي :

١ - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ : " نهى عن بيع الحصاة وبيع الغرر"^(٣) .

وجه الدلالة : إن في بيع الغائب غرراً ظاهراً للجهل بالمبيع ، فهو شبيه ببيع المعلوم الموصوف ، كحبل الحبلية وغيره ، فيكون منهي عنه^(٤) .
المناقضة : إن بيع الغائب إذا وصف وصفا تاماً يوضح حقيقته ، فإن الغرر ينتفي . قال العلامة ابن حزم : " إن بيع الغائب إذا وصف عن رؤية وخيره وقد صبح ملكه لما اشترى فألین الغرر"^(٥) ، وقال العلامة ابن رشد الجد : " بيع السلعة الغالبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه ، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ، قال رسول الله ﷺ : لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر

^(١) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٦ بلفظ مالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٦٥ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٣ ، للنفق مع الشرح الكبير ج ٤ ص ٨٢ .

^(٢) إغني لابن حزم ج ٩ ص ٢٧١ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

^(٣) رواه مسلم ، راجع صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

^(٤) المجموع شرح المهلب ج ٩ ص ٣٠١ .

^(٥) إغني لابن حزم ج ٩ ص ٢٧٦ .

إليها ، فثبته رسول الله صلى الله عليه وسلم المبالغة في الصفة بالنظر^(١).

٢ - ما روى عن حكيم بن حزام رضى الله عنه ، أن النبي ﷺ قال : " لا تبع ما ليس عندك " ^(٢).

وجه الحالألة : إن الغائب ليس عند بلّعه وقت البيع ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده ، والنهي يقتضى التحريم .

المناقضة ، رد هذا الاستدلال العلامة كمال الدين بن الهمام بقوله : " وأما التّهمي عن بيع ما ليس عندك ، فالمراد منه ما ليس في الملك إتفاقا ، لا ما ليس في حضرتك ، ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبايع " ^(٣) . وقال العلامة ابن حزم : " فإن احتجوا بنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك ، قلنا نعم ، والغائب هو عند بلّعه لا مما ليس عنده لأنه لا اختلاف في لغة العرب في صدق القتال ، عندي ضياع وعندي دور وعندي رفيق ومتاع - غائب وحاضر - إذا كان كل ذلك في ملكه وإنما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط ، وإن كان في يده " ^(٤) .

٣ - القياس على بيع المسلم وبيع النوى في التمر . قال الإمام النووي^(٥):

^(١) القدمات المهدات لابن رشد الجلد ٢ - ص ٥٥٩ .

^(٢) رواه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان والإمام أحمد في المسند ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، يراجع :

التلخيص الحبير ج ٣ - ص ٥٥ . ط . حركة الطباعة الفنية ١٣٨٤ هـ .

^(٣) شرح فتح القدير ج ٥ - ص ١٣٨ .

^(٤) المغلى لابن حزم ج ٩ - ص ٢٧٧ .

^(٥) الإمام النووي هو : العلامة محيى الدين يحيى بن شرف النووي ، أبو زكريا ، كان رحمه الله من أكابر الشافعية في عصره ، محررا للمذهب الشافعي ، وكان صاحب تصانيف كثيرة مشهورة ، منها المجموع شرح المذهب في الفقه الشافعي وغير ذلك ، ولد رحمه الله سنة ٦٣١ هـ بنوى قرية من الشام من أعمال دمشق ، وتولّى رحمه الله ليلة الأربعاء في الرابع عشر من شهر رجب سنة ٦٧٦ هـ . ودخل يلهه .

انظر : طبقات الشافعية لابن هنياء ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ط . دار القلم بيروت .

ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالمسلم^(١) .
المنافضة : هذه الأقيسة مع الفارق ، فلا تصح ، لأن بيع السلم لازم وبيع الغائب فيه خيار الرؤية . وبيع الثوى في التمر لا يمكن الإطلاع عليه إلا بفساد المبيع ، بخلاف بيع الغائب فإنه لا يفسد بالرؤية^(٢) .

- أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من جواز بيع الغائب مطلقا ولو لم يذكر جنسه ولا وصفه ، ويكون للمشتري الخيار عند رؤيته ، بما يلي :

١ - ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول ، رفعه إلى النبي ﷺ : " من اشترى شيئا لم يره ، فله الخيار ، إذا رآه . إن شاء أخذه وإن شاء تركه " ^(٣) .

وما رواه أبي حنيفة عن عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه " ^(٤) .

وجه الدلالة من الحديثين :

يدل الحديثان على ثبوت الخيار للمشتري في حالة عدم رؤية المبيع وقت الشراء ، والخيار لا يثبت إلا في بيع مشروع ، فدل على مشروعية بيع الغائب مطلقا ، بشرط أن يكون للمشتري الخيار عند رؤيته .

^(١) المجموع شرح المهلب ج ٩ ص ٢٨٨ .

^(٢) د/ رمضان حافظ ، نظرية الفرو في عقد البيع ، البحث السابق ص ٩٨ .

^(٣) رواه البيهقي والدارقطني أنظر السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٢٦٨ ، سنن الدارقطني ج ٣ ص ٤٠٤ دارالحسن للطباعة ٢٤١ ش الجيش بالقاهرة .

^(٤) أخرجه البيهقي النظر : السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٢٦٨ طبع مجلس دار المعارف العثمانية ، حيدر آباد الهند .

النفائش :

إن هذين الحديثين ضعيفان ، فلا يصلحان للاحتجاج بهما . فقد قال الإمام النووي : " والجواب عن حديث مكحول فهو أنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين ، وضعفه من وجهين : " أحدهما " أنه مرسل لأن مكحول تابعي . و " الثاني " أن أحد رواته ضعيف فإنه أبى بكر بن أبى مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين ، وكذا الجواب عن حديث أبى هريرة ، فإنه أيضا ضعيف باتفاقهم ، وعمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث ، وهذا حديث باطل لم يروه غيره ، وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله ^(١) .

رحد مسداً النفائش :

قال العلامة كمال الدين المعروف بابن الهمام : " المرسل حجة عند أكثر أهل العلم وتضعيف ابن أبى مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسلمة بن المحيق وابن سيرين وهو رأى ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبى مريم ، فدل قبول العلماء على ثبوته ^(٢) .

٢ - ما رواه ابن أبى مليكة " أن عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة نافله بأرض له بالكوفة ، فلما تبلىنا ندم عثمان وقال : بعك ما لم أره ، فقال طلحة إنما النظر لى لأنى ابتعت مغيا ، وأنت قد رأيت ما ابتعت ، فتحاكما إلى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز ، وإن النظر لطلحة ، لأنه ابتاع مغيا ^(٣) ، فدل ذلك على صحة بيع الغائب وثبوت حق الخيار للمشتري عند رؤيته .

^(١) المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ .

^(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٨ .

^(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٤٠ ، المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٢٨٨ .

- البقّاش :

قال الإمام النووي : * والجواب عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم ، والصحيح عندنا ، أن قول الصحابي ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة ^(١) .

- رد البقّاش :

قال العلامة كمال الدين بن الهمام ، * والظاهر أن مثل هذا يكون بمحض من الصحابة رضي الله عنهم لأن قضية يجرى فيها التحالف بين رجلين كبيرين ، ثم إنهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها ، فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه ، كان إجماعا سكتيا ظاهرا ^(٢) .

٣ - ما ذكره العلامة ابن الهمام بقوله : * وكفتا في إثباته المعنى وهو أنه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ^(٣) .

٤ - القياس على النكاح لأن كلا منهما عقد معاوضة ، فكما لا تفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه إجماعا ، لا تفتقر أيضا صحة البيع إليها .

- المباهشة :

قال الإمام النووي : * إن المعقود عليه هناك استباحة الاستمتاع ، ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا ^(٤) .

^(١) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٠٢ .

^(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٠ .

^(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٣٨ .

^(٤) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٣٠٢ .

٥ - لقياس على بيع الرمان والجوز واللوز في قشره .

- المناقشة :

قال العلامة النوى : " والجواب عن قياسهم على الرمان والجوز ، أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما في الرؤية كصبرة الحنطة ، ولأن في استتار باطنها مصلحة لها ، كأساس الدار بخلاف بيع الغائب ^(١) .

أدلة أصحاب الرأي الثالث :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز بيع الغائب ، بشرط أن يوصف وصفا كاملا لجنسه ونوعه بما يرفع عنه الجهالة ويبين حقيقته ، وأن المشتري إذا وجد المبيع مطابقا للوصف لزم البيع ولا خيار له ، أما إذا لم يكن المبيع مطابقا للوصف كان للمشتري الخيار . وأستدلوا على ذلك بما يلي :

١ - قول الله تبارك وتعالى : (وأحل الله البيع) ^(٢) ، وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ^(٣) .

- وجه الدلالة من الآيتين :

أن هذا نص عام تحل به جميع البيوع التي يتراضى عليها المتبايعان ، إلا بيعا منعه كتاب أو سنة أو إجماع وليس في هذه ما يمنع بيع الغائب ^(٤) .

- المناقشة :

قال الإمام النوى : " وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة ، فهي عامة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر ^(٥) .

(١) المجموع شرح المهذب ج١ ص ٣٠٢ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم (٢٧٥) .

(٣) سورة النساء الآية رقم (٢٩) .

(٤) المجموع شرح المهذب ج١ ص ٣٠١ ، ائلى لابن حزم ج١ ص ٢٧٨ .

(٥) المجموع شرح المهذب ج١ ص ٣٠١ .

٢ - عمل الصحابة رضي الله عنهم . فقد قال العلامة ابن حزم : " لم يزل المسلمون يتبايعون بالصفة ، وهي في البلاد البعيدة ، وقد باع عثمان لابن عمر رضي الله عنهم مالا لعثمان بخبير بمال لابن عمر بوادي القرى ، وهذا أمر مشهور ^(١) .

٣ - إن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف في تحقيق العظم به وهو ما بينه العلامة ابن رشد الجد بقوله : " وبيع الغائب على الصفة ، خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه ، ثم قال : إن شراء الغائب على الصفة جائز لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ، قال رسول الله ﷺ : (لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها) ، فشبّه رسول الله ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر ، وقال تعالى : (ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم ، وكفوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا ، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين) ^(٢) ، فلما قال الله تعالى : (فلما جاءهم ما عرفوا) ، وهم لم يعرفوا النبي ﷺ إلا بصفته التي وجدوها في التوراة ، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف . وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه : " لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها " ، دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها ^(٣) .

الرأي الرابع :

أرى رجحان الرأي الثالث ، الذي ذهب إليه المحققون من المالكية والقبول الصحيح عند الحنابلة ، وهو قول ابن حزم الظاهري ، وهو أنه لا يجوز بيع الغائب إلا إذا وصف وصفا كاملا يبين حقيقته ويرفع جهالته ، وأن

^(١) إلهي لابن حزم ج ٥ - ٢٧٧ .

^(٢) سورة البقرة الآية رقم (٨٩) .

^(٣) المقدمات الممهدة لابن رشد الج ٢ - ٥٥١ .

المشتري إذا وجده مطابقاً للوصف لزم البيع ، وإلا ثبت له الخيار .
ويترجح هذا الرأي لما يلي :

أ - إن أدلة الرأي الأول المتعين من بيع الغالب مطلقاً لم تسلم من الاعتراضات ، لأنها واردة في غير بيع الغالب الموصوف وصفا كاملاً . لأن المبيع بالوصف يرتفع عنه الغرر ، وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بها .

ب - إن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من محققى الحنفية ، من إعطاء المشتري حق الخيار ولو كان المبيع الغالب موصوفاً ولو وجد المبيع مطابقاً للوصف ، فيه ضرر على البائع ، والشرعية الإسلامية جاءت لرفع الضرر .

ج - إن الأخذ بالرأي الثالث فيه جمع بين الأدلة المتعارضة ظاهراً ، فتمحل الآية الدالة على حل البيع على ظاهرها ، ويحمل حديث النهي عن بيع الغرر فيما إذا كان المبيع الغالب غير موصوف بوصف يزيل جهالته ويبين صفته وحقيقته ، وهذا أولى من العمل ببعض الأدلة وترك البعض . وإذا ثبت وفقاً للرأي الراجح جواز بيع العين الغالبة على الصفة ، فإنه يلزم لذلك توافر شروط معينة حتى يصح البيع ، وهى :

١ - ألا تكون العين بعيدة جداً .

وحد البعد الذى يمنع صحة البيع ، هو أن يكون المبيع على مسافة يظن فيها تغيره قبل قبضه . وهذا الشرط خاص بالمبيع الذى يحتمل تغيره ، أما ما لا يتغير كالأرض ، فلا يشترط فيه هذا الشرط ، وهو خاص أيضاً بحالة البيع على اللزوم ، أما إذا كان البيع على الخيار فيجوز ولو كانت العين بعيدة جداً^(١) .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدررلى ج٢ ص٢٦٨ ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦٨ ، بداية المعجد وغاية

المقتصد ج٢ ص١١٧ ، مواهب الجليل ج٤ ص٢٩٧ .

٢ - ألا تكون العين الغائبة قريبة جداً .

فإذا كانت العين المبيعة في مجلس العقد فلا يجوز بيعها على الصفة ولا بد من رؤيتها ، إلا إذا كان في رؤيتها ضرر أو مشقة على الأشهر كأن يكون المبيع متاعاً كثيراً مشهوداً في إعداله ، فيجوز بيعه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج^(١) .

٣ - أن يصفه العين خير البائع .

وهذا الشرط غير متفق عليه عند الملكية ، ففي الموازية والتعبية ، لا يجوز أن يباع الشيء بوصف بانه ، لأنه لا يوثق بوصفه ، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لإتفاق سلعة ، والذي ارتضاه ابن رشد وللخمي جواز البيع بوصف البائع . فكون الوصف من غير البائع ليس شرطاً عندهما في صحة البيع ، وإنما هو شرط في جواز النقد فقط^(٢) . ويرى العلامة ابن حزم أن الوصف يصح أن يكون من أحد المتبايعين للآخر ، كما يصح أن يكون من أجنبي^(٣) .

٤ - أن يصفه بصفاته التي تتعلق بالأغراض بها .

وهي الصفات التي تتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها^(٤)

٥ - ألا ينقذ الثمن بناء على شرط .

فلا يجوز أن يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد ، ويدفعه له المشتري بناء على هذا الشرط ، أما إذا دفع له الثمن تطوعاً من غير شرط فيجوز . وهذا الشرط خاص بالعين الغير مأمونة التغير ، البعيدة الغيبة ، أما العين المأمونة التي لا يسرع إليها التغير كالعقار ، فلا يشترط

(١) حاشية المدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص٢٦٤، ٢٤٤، شرح الخروشي ج٥ ص٣٣ .

(٢) حاشية المدسوقي ج٣ ص٢٦٤ ، بلغة السالك ج٢ ص٣٦٥ ، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٦٨ .

(٣) إغلى لابن حزم ج٩ ص٢٨٠ .

(٤) الفروق للقرافي ج٣ ص٢٦٥ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص٢٦٨ .

فيها هذا الشرط ، بعيدة كانت أو قريبة ، وكذلك العين القريبة لا يمنع اشتراط النقد فيها . وعلة منع النقد في العين البعيدة الغيبة التي لا يؤمن تغيرها ، هي تردد النقد حينئذ بين السلفية والثمنية ، لأنه إن سلمت العين إلى الأجل وكانت على الصفة كان بيعا ، وإن لم تسلم ، أو لم تكن على الصفة ، رد المشتري رأس المال فكان سلعا ، فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز^(١) .

وإذا توافرت الشروط السابقة جاز بيع العين الغائبة على الصفة ، ويعتبر الوصف طريقا للعلم بالمبيع يقوم مقام المعاينة بالنظر .

١٩٨ - الوصف وسيلة للعلم بحقيقة المبيع الغائب .

يتضح مما تقدم أنه يجوز أن يقوم البائع أو نائبه بوصف المبيع الغائب للمشتري لإعلامه به عن طريق إخباره بما ينطوي عليه المبيع من مواصفات وبيانات توضح حقيقته وتحيط بالمشتري علما به .

وقد يتحقق إخبار المشتري بأوصاف المبيع شفويا ، أو يتم كتابة عن طريق تدوين بيانات ومواصفات السلعة في البرنامج الخاص بها - أي دفتر الذي تكتب فيه أوصاف السلعة - وإطلاع المشتري عليه . والأصل في كفاية وصف السلعة والإخبار عنها لتحقيق شرط العلم بالمبيع عند عدم توافر الرؤية بالنظر ، ما ورد عن أبي لهيعة عن الأعرج عن أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين ، عن الملامسة والمنابذة . فقال الملامسة أن يبتاع القوم السلعة لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها ، والمنابذة أن يتناذب القوم السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها^(٢) ، فدل ذلك على أن الإخبار عن السلعة جائز^(٣) . فإذا لم ير المشتري السلعة

(١) الشرح الكبير وحاشية الدررقي ج ٢ ص ٢٧ ، شرح الخري ج ٥ ص ٣٥ ، بلغة السالك والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧ .

(٢) المدونة الكبرى ج ١ ص ٣٨ .

(٣) د/ أحمد علي طه ويان عقد البيع في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص ٧٧ .

ولكن وصفها له البائع بما يوضح حقيقتها ، فوجدها المشتري على الصفة التي وصفت لزمه البيع ، فقد جاء في المدونة : " (قلت) أ رأيت رجلا اشترى سلعة ولم يرها أله الخيار إذا رآها (قال) قال مالك إذا وصفها وجلاها بنعتها وماهيتها فأتى بها أو خرج إليها فوجدها على الصفة التي وصفت له لزمه البيع " (١) .

١٩٩ - مبررات الاكتفاء بوصف السلعة .

لما كانت الرؤية أبلغ في المعرفة من الوصف ، لقول رسول الله ﷺ " ليس الخبر كالمعاينة " ، اشترط في جواز البيع على الصفة أن لا يكون المبيع حاضرا في مجلس العقد ، وإلا فلا بد من رؤيته ولا يصح بيعه على الوصف لتيسر ما هو أبلغ حينئذ ، والعدول عنه إلى غيره غرر ومخاطرة (٢) ، ولكن قد تدعو الضرورة إلى الاكتفاء بوصف السلعة دون رؤيتها ، وذلك إذا كان المبيع غالبا عن مجلس العقد بحيث يتعذر إحضاره ، أو كان في مجلس العقد أو قريبا منه ولكن تتعذر رؤيته ، أو يكون في رؤيته ضرر وفساد ، فيجوز بيعه على الوصف رغم حضوره للضرورة ، وذلك كما في حالة بيع قلال الخل التي يفسدها الفتح ، وبيع ما في العطل على البرنامج ، لأن في حل العطل حرجا ومشقة على البائع ، من تلويثه ومؤنة شدة إن لم يرض به المشتري . وكالبيع للأعمى لتعذر الرؤية منه (٣) ، ولكن محل هذا فيما بيع بالصفة على اللزوم ، أما ما بيع بالصفة على الخيار ، أو بيع على الخيار بلا وصف ، أو على رؤية

(١) المدونة الكبرى جـ ١٠ ص ٤٠٠ .

(٢) د/ محمد محمد يوسف البربري ، البيع على ملهيب الإمام مالك رسالة دكتوراه ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٣) بداية الجتهاد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١١٧ ، د/ محمد محمد يوسف البربري الرسالة السابقة ص ٦٧ ، د/

أحمد علي طه ريان المرجع السابق ص ٦٨ .

متقدمة بتأ أو خيلرا ، فلا يشترط في جواز بيعه غيبته عن المجلس ، بل يجوز وإن كان حاضرا ، وإن لم يكن في رؤيته ضرر^(١) .

والبيع بالصفة نوعان : أحدهما : بيع عين معينة ، مثل أن يقول بعثك عدي التركي ويذكر صفاته ، فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلقه قبل قبضه لكون المعقود عليه معينا فيزول العقد بـزوال محطه ، ويجوز التفريق قبل قبض ثمنه ، وقبضه كبيع الحاضر . الثاني : بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعثك عبدا تركيا ثم يستقصى صفات المسلم ، فهذا في معنى المسلم^(٢) .

ويشترط في البيع على الصفة أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له^(٣) . والوصف كوسيلة لإعلام المشتري بالمبيع ، يختلف باختلاف الأشياء ، فإن كان المبيع من الأشياء القيمة ، فإن العلم به يتحقق بالوصف الذي يعين ذاته ، وينفى عنه الجهالة الفاحشة^(٤) ، أما إن كان المبيع من الأشياء المثلية ، فإن العلم به يتحقق إذا تطرق الوصف إلى بيان ، جنسه ونوعه وصفته ومقداره^(٥) .

ويشترط لتحقيق شرط العلم بطريق الوصف ، أن تكون السلعة مطبقة للأوصاف المذكورة .

(١) د/ محمد محمد يوسف البربري ، الرسالة السابقة ص ٦٧ .

(٢) الشرح الكبير للمقننى مع المفتى ج ٢ ص ٢٦ ، كشف القناع ج ٣ ص ١٦٢ .

(٣) حاشية النووي على شرح الخرشى ج ٥ ص ٣٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٣٠٢٨ ، بلغة السالك ج ٢ ص ٢٥٦ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١١١ ، الشرح

الكبير للمقننى مع المفتى ج ٢ ص ٢٦ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ١٤٨ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ج ٦ ص ٣٠٥٥ ، الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٦٥ ، قوانين الأحكام الشرعية

لابن جزى ج ٢ ص ٢٦٨ ، المجموع النووي ج ١ ص ٢٨٨ .

٣٠٠ - مطابقة السلعة الغائبة المباعة للوصف .

إن وجدت السلعة مطابقة للأوصاف المذكورة في الأوراق المسماه بالبرنامج لزم المشتري قبولها ، وإن وجدت مخالفة ، خير المشتري في قبولها وردّها^(١) . وذهب العلامة ابن حزم إلى أنه إذا وجد مشتري السلعة الغائبة ما اشترى كما وصف له ، فالباع له لازم ، وإن وجد خلاف ذلك ، فلا بيع بينهما ، ولا يحل إلزام البائع إحضار سلعة بالصفة التي باع ، لأنه إنما باع عينا معينة لا صفة مضمونة ، فلا يجوز إلزامه إحضار ما لم يبيع ، فصح أن عقده فاسد لأنه لم يقع على شيء أصلا^(٢) .

(١) الشرح الكبير للبردبرج ج ٢ ص ٢٤ ، د / أحمد طه ويان المرجع السابق ص ٧٨ .

(٢) المغني لابن حزم ج ٩ ص ٢٧٩ و ٢٨٠ مسألة رقم (١٤١٢) .

المبحث الثالث

مقارنه بين القانون المدني والفقه الإسلامي

بخصوص وسائل تحقيق العلم بالمبيع

٢٠١ - يتضح مما تقدم أن هناك اتفاقاً في الأساس النظري الذي تقوم عليه وسائل تحقيق العلم بالمبيع في كل من القانون المدني والفقه الإسلامي ، ويظهر الاختلاف في التطبيقات .

وهي القانون المدني : الإعلام ببيانات وأوصاف المبيع قد يتم شفويا عن طريق تبادل الحوار بين البائع والمشتري ، أو الإدلاء ببيانات ومواصفات المبيع عبر برامج الإذاعة الناطقة .

وهي الفقه الإسلامي : تعتبر الوسيلة العلوية والشائعة لإعلام المشتري ببيانات وأوصاف المبيع هي إخباره بها شفويا من قبل البائع أو الغير .
وهي القانون المدني : أصبحت الكتابة طريقة شائعة في الإعلام ببيانات ومواصفات المبيع ، لما تحققه من مزايا .

وكذلك هي الفقه الإسلامي : تستخدم الكتابة أيضا في الإعلام ببيانات ومواصفات المبيع ، بتدوينها في دفتر خاص يسمى بالبرنامج .

وهي القانون المدني : تعتبر معاينة المبيع وإطلاع المشتري عليه باستخدام الحواس المختلفة وسيلة كافية لتحقيق العلم بالمبيع .

وكذلك هي الفقه الإسلامي : تعتبر رؤية المبيع ومعاينته بالحواس المختلفة وسيلة هامة في العلم بالمبيع الحاضر .

وهي القانون المدني : بيان المبيع وأوصافه الأساسية في العقد وسيلة كافية لتحقيق العلم بالمبيع ، وهي تقوم مقام المعاينة .

وذلك في الفقه الإسلامي : يعتبر الوصف وسيلة هامة لإعلام المشتري بحقيقة المبيع الغائب ، إذ المعرفة بصفة المبيع معرفة بعين الموصوف .
- ويظهر الخلاف بين القانون المدني والفقه الإسلامي في التطبيقات الاقتصادية والتقنية لطرق الإعلام .

فبالنسبة للوسائل الاقتصادية ، والتي أبرزها عرض بيانات ومواصفات السلع والمنتجات ، وصور ونماذج لها في كتالوجات خاصة بها ، أو تقديم عينات من السلع تبين مواصفاتها ، فإثباتها وإن كانت معروفة لدى فقهاء الشرع الإسلامي تحت ما يعرف بالبرنامج والنموذج ، إلا أنها قد تطورت في الوقت الحالي واتخذت أشكالاً وصوراً مختلفة .

وبالنسبة للوسائل التقنية :

كاستخدام الراديو أو التلفزيون في الإعلام ببيانات ومواصفات المبيعات وعرض الصور والنماذج لها . أو استخدام التليفون أو الميني-تل ، أو الحاسب الآلي في الحصول على المعلومات عن السلع والمنتجات ، أو استخدام شبكة المعلومات العالمية الإنترنت في عرض بيانات ومعلومات عن السلع والمنتجات . ما هي إلا صور للإعلام أو الاستعلام عن المبيع الغائب بطريقة الوصف الشفوي أو الكتابي والمعروف في الفقه الإسلامي ، إلا أن هذه الوسائل تطورت في الوقت الحالي نظراً لقلة الانتقاء والاتصال المباشر بين المتعاقدين ، في ظل التطور الحديث لنظام التعاقد ، والذي يتم في أغلب الأحوال بطريقة المراسلة عن بعد .

ومما هو جدير بالذكر أن وسائل تحقق العلم بالمبيع لا تقع تحت حصر ، وأن ما سبق ذكره منها ما هي إلا نماذج لبعض الوسائل التي يمكن بواسطتها ، تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام ، أو قيام المشتري بالتحقق بنفسه من بيانات ومواصفات المبيع . ومن ثم يمكن استخدام أي وسيلة

مشروعة أخرى يكشف عنها التقدم الحديث ، أو استخدام أكثر من وسيلة حتى يتحقق العلم الكافى بالمبيع .
فليست العبر بالوسيلة التى يتحقق بها العلم ، وإنما العبرة بتحقيق العلم الكافى فى ذاته .

كما أن وسائل تحقق العلم بالمبيع تختلف فيما بينها من حيث مدى كفايتها لتحقيق العلم الكافى المطلوب ، ولذلك يخضع تقدير مدى كفاية الوسيلة المستخدمة فى الإعلام بحقيقة المبيع ، للمساطة التقديرية لقاضى الموضوع ، وله أن يسترشد فى ذلك بظروف التعاقد ، من حيث طبيعة الشيء المباع وصفة المشتري ، والعرف الجارى .

الفصل الثالث

الجزاء الذي يترتب على عدم تحقق العلم الكافي بالمبيع

٢٠٢ - تمهيد وتقسيم :

إذا لم يتمكن المشتري من الاستعلام والتعرف على المبيع بوسائله الخاصة ، ولم يقم الباع بتنفيذ التزامه بإعلام المشتري ببيانات ومواصفات المبيع مما أدى إلى إبرام العقد دون أن يتحقق للمشتري العلم الكافي بحقيقة المبيع ، فإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو بطلان العقد ، بطلانا نسبيا لمصلحة المشتري في القانون المدني ، أو ثبوت الحق للمشتري في خيار الرؤية بين إجازة العقد أو فسخه في الفقه الإسلامي . وإذا ترتب على عدم تحقق العلم الكافي بالمبيع ضرر أصاب المشتري ، التزم الباع بتعويض هذا الضرر وفقا لأحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني ، كما يلتزم بضمان هذه الأضرار في الفقه الإسلامي . وبذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : للقبليّة للإبطال في القانون المدني ، وخيار الرؤية في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : للتعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني ، والضمان في الفقه الإسلامي .
ونلك على النحو التالي :

المبحث الأول

القبالية للإبطال جزاء محقق العلم الكافي بالمبيع

٢٠٣ - تمهيد وتقسيم :

إذا أبرم عقد البيع ، دون أن يكون المشتري عالما بالمبيع العظم الكافي الذي يتطلبه القاتون ، كان عقد البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري في القاتون المدني . ويثبت للمشتري الحق في خيار الرؤية بين إمضاء العقد أو فسخه في الفقه الإسلامي .

وبذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : القبالية للإبطال في القاتون المدني .

المطلب الثاني : خيار الرؤية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : مقارنة بين القبالية للإبطال وخيار الرؤية .

وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

القابلية للإبطال في القانون المدني

٢٠٤ - تمهيد :

إذا كان القانون المدني المصري ، قد نظم أحكام العلم بالمبيع ، حماية للمشتري وتحقيقا لمصلحته الخاصة ، فإنه يرتب كذلك جزاء متناسبا مع رعاية هذه المصلحة ، وذلك بتقريره الحق للمشتري في طلب إبطال البيع عند عدم تحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع .

وذلك يتضح من نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه : " إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع مسقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع . فالجزاء على عدم تحقق العلم بالمبيع ، وهو ثبوت الحق للمشتري في طلب الإبطال ، أى : (القابلية للإبطال أو البطلان النسبى) هو ما يجمع عليه الفقه المصرى^(١) . ونوضح حقيقة هذا الجزاء فيما يلى :

٢٠٥ - المقصود بقابلية العقد للإبطال :

العقد القابل للإبطال ، هو عقد توافرت له كل أركانه ، وله وجود قانونى ، وينتج جميع آثاره الأصلية ، إلا أن هناك خللا يصيب ركن الرضاء في هذا العقد ، فيخول المتعاقد الذى أضر من ذلك الحق في إهداره بالمطالبة

(١) انظر في هذا المعنى : أبحاثنا الدكتور / عبد الرزاق مأمون ، المرجع السابق فـ ٤٠ ص ٥٧ ،

د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحى خليل . المرجع السابق فـ ٤٥ مكرر صـ ٧٦ ،

د/ توفيق فرج المرجع السابق فـ ٧٠ صـ ١٠٨ ، د/ عبد النعم البدراوى فـ ٣٥ صـ ٧٣ ،

د/ جميل الشرفاوى المرجع السابق فـ ١٨ صـ ٤١ ،

د/ تزيه محمد الصادق المهدي . المرجع السابق صـ ٢٧٨ - ٢٨٠ ،

د/ منصور مصطفى منصور . المرجع السابق فـ ٤١ صـ ٧٧ ،

د/ حسام الدين كامل الأهواى المرجع السابق فـ ١٣٠ صـ ٩٣ ،

د/ إسماعيل غانم . المرجع السابق فـ ٥١ صـ ٨٠ ،

د/ عبد الوود مجدى المرجع السابق صـ ٥٠ ، د/ خيس خضر . المرجع السابق فـ ٢٩ صـ ٥٩ .

بإبطاله^(١) . وينطوى العقد القابل للإبطال على مخالفة لقاعدة قانونية تستهدف حماية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين، ومراعاة لتلك المصلحة يعطى المتعاقد الذى أضر من تلك المخالفة، الرخصة فى التمسك بإبطال العقد إذا وجد ذلك فى مصلحته ، كما أن له أن يحجم عن التمسك بالإبطال ومن ثم يبقى على العقد^(٢) . وبذلك لا ترجع قابلية العقد للإبطال إلى طبيعة الأشياء ولا إلى المصلحة العامة مباشرة ، بل ترجع إلى حماية مصلحة خاصة بأحد المتعاقدين ، رأى الشارع أنها جديرة بهذه الحماية^(٣).

والعقد القابل للإبطال بظل ينتج آثاره إلى أن يقضى بإبطاله ، فإذا كان العقد بيعا، وشاب رضا أحد المتعاقدين عيب ، فإن البيع ينقل الملكية ويكون للمشتري أن يطلب تسليم المبيع ، كما يكون للبائع أن يطالب بالثمن ، فإذا طلب الإبطال من شاب رضاؤه عيب وقضى به ، زالت آثار هذا العقد بأثر رجعى ، وأصبح كالعقد الباطل^(٤).

(١) انظر فى هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط المرجع السابق جـ ١ فـ ٣٠١ ص ٤٩١ و ٤٩٣ ، لـ ٣١٤ ص ٥١٣ و ٥١٤ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي . نظرية العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق لـ ٢٢٧ ص ٤٦٨ ،
د/ أحمد حشمت أبو مريت ، نظرية الالتزامات فى القانون المدنى المصرى لـ ٢٥٤ ص ١٨٩ ، ط ١٩٤٥
م الناصر مكتبة عبد الله وهبه ،

د/ عبد الودود محيى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول مصادر الالتزام فـ ٩٦ ص ١٤٥ ،
ط ١٩٩٢ م دار النهضة العربية ،

د/ محمود جمال الدين زكى الموجز فى النظرية العامة . للالتزامات فى القانون المدنى المصرى جـ ١ ص ٢٢٦
ط الثانية ١٩٧٨ م ، مطبعة جامعة القاهرة ،

د/ سليمان مرقص نظرية العقد والإرادة المنفردة المرجع السابق لـ ٢٢٨ ص ٤٢٣ .
(٢) د/ حاتم الدين كامل الأهوانى ، النظرية العامة للالتزام جـ ١ مصادر الالتزام لـ ٢٩٨ ص ٢٣٥ الطبعة
الثانية ١٩٩٥ م .

(٣) د/ سليمان مرقص ، نظرية العقد والإرادة المنفردة لـ ٢٤٦ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٤) د/ عبد الودود محيى ، مصادر الالتزام فـ ٩٦ ص ١٤٥ .

ومؤدى ذلك أن عقد البيع الذى لا يعطى فيه المشتري بالمبيع علما كافيا
باعتقده وينتج أثره ، كل ما فى الأمر أنه يثبت للمشتري الحق فى طلب
إبطاله ، وهو ليس ملزما بطلب الإبطال ، فالخيار له ، إن شاء أبقى على
البيع وإن شاء طلب من القاضى إبطاله^(١) .

والحق فى طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافى بالمبيع ، مقرر لمصلحة
المشتري دون البائع ، فلا يحق لهذا الأخير أن يطلب التحلل من البيع
بدعوى أن المشتري لم يكن يعطى بالشئ المبيع العلم الكافى ، بل إنه
ليس للبائع أن يطلب إبطال العقد بدعوى أنه هو شخصا لم يكن يعطى
بالمبيع العلم الكافى ، كما لو كان المبيع دارا ورثها البائع ، وقام ببيعها
دون أن يطلع عليها ، فجهل البائع فى هذه الحالة يعتبر تقصيرا منه فى
حق نفسه ، إذ المبيع كان تحت يده وكان يمكنه العلم الكافى به ، ومن ثم
يقتصر الحق فى طلب الإبطال على المشتري دون البائع^(٢) ، وهو ما
يستفاد من نص المادة (١٣٨) مدنى مصرى ، والتى تقرر أنه : " إذا
جعل القاتلون لأحد المتعاقدين حقا فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر
أن يتمسك بهذا الحق " .

وإذا كانت المادة (٤١٩) فى فقرتها الثانية ، تجعل قابلية العقد للإبطال أو
البطلان النسبى ، هو جزاء عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع ، فإن المشرع
المصرى بذلك يكون قد استبعد فكرة الفسخ كجزاء لعدم العلم^(٣) ، والتى
كانت تقرر المادة (٢٥٠) من التقنين المدنى السابق .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى محاضرات فى عقد البيع المرجع السابق فـ ٢٨ صـ ٤٠ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقى . المرجع السابق فـ ٢٧ صـ ٤٠ ،

د/ حسام الدين الأهوانى المرجع السابق فـ ١٣٠ صـ ٩٢ ، د/ جيل الشرقاوى المرجع السابق فـ ١٨ صـ ٤٢ ،

د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحى خليل المرجع السابق فـ ٤٥ مكرر صـ ٧٧ .

(٣) أستاذنا الدكتور عبد الرشيد مأمون المرجع السابق فـ ٤١ صـ ٥٩ .

ويشترط لثبوت الحق للمشتري في طلب الإبطال ، بدعوى عدم العلم بالمبيع ، أن يكون المشتري جاهلا بالمبيع جهلا مشروعاً وقت التعاقد . وسواء كان سبب الجهل الاستحالة التي تواجه المشتري وتحول دون معيّنته للمبيع أو استعلامه عنه بسبب تكليس البائع ، أو لظروف خارجة عن إرادة المشتري^(١) ، أو كان سبب الجهل إخلال البائع بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات المبيع وأوصافه الأساسية^(٢) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ، أن عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام بسبب البطلان للنسبي لعقد البيع إذا كان له تأثير على رضا المتعقد للفظ في صفة جوهرية أو التكتيس بطريق التكتان عن طريق إخفاء معلومات من شأنها أن تؤثر على رضا الدائن ، وذلك بهدف حثه وبغية إلى إبرام العقد ضد مصلحته^(٣) .

وإذا ثبت للمشتري الحق في طلب الإبطال فإنه لا ينتج أثره إلا إذا طالب به المشتري باعتباره صاحب الحق فيه .

٣٠٦ - تقرير البطلان ،

لا يتحقق البطلان في العقد القابل للإبطال بقوة القانون ، بل لابد من اتفاق المتعاقدين على الإبطال ، أو صدور حكم به من المحكمة بناء على طلب صاحب الحق فيه ، وسواء أكان ذلك بطريق الدعوى أم بطريق الدفع ، والحكم الذي يصدر من المحكمة بإبطال العقد القابل للإبطال هو الذي ينشأ البطلان ولا يقتصر على الكشف عنه^(٤) .

(١) د/ عبد المنعم البراوي المرجع السابق فـ ٣٤ ص ٧٢ ، استأنف مخطط ، ٢١ فبراير ١٩٢٨ ، رقم ٤٠ ص ٢١٠ ، وأول يريه ١٩٤٣ م ، رقم ٥٥ ص ١٧٠ ، مجموعة التشريع والقضاء المخطط .

(٢) د/ نزيه محمد الصادق المهدي للرجع السابق ص ٢٨٣ ،

د/ حسن عبد الباسط جيمي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك البحث السابق ص ٢٧٤ و ٢٧٥ .

(٣) (Muriel) Fabre-Magnan, thèse précitée, n°s 590 et 591 pp . 469 et 470., (F) collart et (ph) Delebecque , op . cit., n° 224 , p . 190 .

(٤) د/ عبد الوجود يحيى مصادر الالتزام المرجع السابق فـ ٩٨ ص ١٤٨ .

٢٠٧ - آثار تحقق البطلان :

إذا تقرر إبطال العقد بالاتفاق أو بحكم القضاء ، زالت كل آثاره التي ترتبت عليه منذ إبرامه ، وأصبح شأنه شأن العقد ، الذي وقع باطلا من أصله ، فيترتب على إبطاله وجوب إعادة العاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد ، فيرد كل من العاقدين ما أخذه تنفيذا للعقد^(١) .

وبناء على ذلك فإنه إذا أبرم عقد البيع دون أن يعلم المشتري بحقيقة المبيع العلم الكافي الذي يتطلبه القاتون ، كان للمشتري الحق في المطالبة بإبطاله ، فإذا تحقق ذلك بأن اتفق المشتري مع البائع على الإبطال ، أو رفع المشتري دعوى ألهم القضاء مطالبا بإبطال البيع لعدم علمه بالمبيع وقضى له بذلك ، فإنه يترتب على ذلك زوال العقد بآثر رجعى ، فيرد المشتري المبيع إلى البائع ، -إذا كان قد تسلمه- ، ويرد البائع الثمن إلى المشتري إذا كان قد تسلمه كذلك .

ولكن قد يسقط حق المشتري في طلب إبطال البيع بعد ثبوته لأسباب عدة.

٢٠٨ - أسباب سقوط الحق في طلب الإبطال :

يسقط حق المشتري في طلب إبطال البيع لعدم تحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع ، بعدد من الأسباب ، منها ما تقضى به القواعد العامة في القاتون المدنى المصرى ، ومنها ما أورنته المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، فضلا عن الأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية في الفقه الإسلامى ، والتي تنطبق على سقوط الحق في طلب الإبطال لعدم تحقق العلم بالمبيع.

(١) د/ سليمان مرعش نظرية العقد والإرادة المنفردة - ٢٥٢ ص - ٤٧٧ ،

د/ عبد الوود يحيى مصادر الالتزام - ٩٨ ص - ١٤٨ .

- أولاً : الأسباب التي تقضي بها القواعد العامة .

يسقط الحق في طلب الإبطال وفقاً للقواعد العامة في القانون بالإجازة والتقاليد .

١ - الإجازة . la confirmation .

هي تصرف قانون صادر من جانب واحد ، يقصد به النزول عن الحق في طلب الإبطال من جانب من تقرر الإبطال لمصلحته^(١) . وهي لا تحتاج إلى قبول من جانب الطرف الآخر ، كما لا يستطيع المجيز أن يرجع فيها بعد صدورها .

ويرى جانب من الفقه المصري أن الإجازة ليست نزولاً عن دعوى البطلان ، بل هي وسيلة لعدم ظهور البطلان في النطاق القانوني ، أي لمنع وجود دعوى به . وأثرها أن ذلك ليس إسقاط دعوى البطلان ، بل وضع حائل دون وجودها^(٢) .

والإجازة تثبت لمن له الحق في طلب الإبطال ، وإذا كان للقانون المدني المصري قد قرر للمشتري الحق في طلب إبطال البيع ، عند عدم تحقق العلم الكافي لدى المشتري بحقيقة المبيع ، وذلك حماية له وتحقيقاً لمصلحته الخاصة ، فإنه يجوز للمشتري أن يتنازل عن هذا الحق ، وأن يجيز العقد ليصبح لازماً في حق الطرفين وتستقر آثاره وأحكامه بشكل نهائي .

(١) د/ عبد الرزاق حسن فرج ، الإجازة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية
ف ٣ ص ٧ ط ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م مطبعة الفجر الجديد ،

د/ أحمد شوقي عبد الرحمن إجازة العقد القابل للإبطال ص ٦ ط ١٩٨٣ م .

(٢) د/ جيل الشرفاوى ، نظرية بطلان الصرف القانوني في القانون المدني المصري رسالة دكتوراه ص ٢٧٥ جامعة
فؤاد الأول يناير ١٩٥٣ م و ص ٣٦١ ط ١٩٩٣ م دار النهضة العربية ، والنظرية العامة للاعتراسات .
الكتاب الأول . مصادر الالتزام ف ٥٥ ص ٢٦٩ ط ١٩٩١ م دار النهضة العربية .

والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية حسب نص المادة (١/١٣٩) من القانون المدني المصري .

فالإجازة الصريحة تتحقق بالإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، ويكفى فيها أى لفظ يدل على النزول عن الحق في إبطال العقد ، كأن يقول المشتري رضيت العقد ، أو أجزته أو أمضيته ، وسواء أكانت ألفاظها شفوية أم كتابية ، وأيا كان نوع الكتابة رسمية أو غير رسمية ، مكتوبة باليد أو مطبوعة ، ما دام أنها تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة^(١) .

والإجازة الضمنية : تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان ، أو بإتيانه عملا ماديا يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان ، وذلك كأن يقوم بالبناء على الأرض التى اشتراها ، أو يبرم تصرفا قانونيا كالبيع أو الإيجار ، مما يستخلص منه أنه إجاز العقد^(٢) .

ويجب لصحة الإجازة أن يزول السبب الذى من أجله كان العقد قابلا للإبطال^(٣) ، ومن ثم فلا تصح إجازة عقد البيع القابل للإبطال بسبب عدم علم المشتري بالمبيع إلا بعد رؤية المشتري للمبيع وعلمه به .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج١ مصادر الالتزام فـ ٣١٧ ص ٥١٧ ،

د/ عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق فـ ١٥ ص ٢٠ ،

د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المفردة فـ ٢٣٢ ص ٤٧٥ .

(٢) د/ أحمد حشمت أبو ميت نظرية الالتزامات المرجع السابق فـ ٢٦٨ ص ١٩٨ ،

د/ عبد الرزاق حسن فرج المرجع السابق فـ ١٦ ص ٢١ .

(٣) د/ عبد الرزاق السنهورى نظرية العقد ج١ فـ ٦٢١ ص ٦٦٨، ٦٦٩ الطبعة الأولى ١٣٥٣ هـ -

١٩٣٤م مطبعة دار الكتب المصرية ،

د/ جيل الشرفاوى مصادر الالتزام ، المرجع السابق فـ ٥٥ ص ٢٦٩ ،

د/ عبد الوود محيى مصادر الالتزام المرجع السابق فـ ٩٧ ص ١٤٩ .

والأثر إلى يترتب على الإجازة هو زوال حق المتعاقد في طلب الإبطال عن طريق الدعوى ، أو عن طريق الدفع ، فيستقر وجود العقد نهائيا .
وإذا كان الحق في طلب الإبطال ينتقل إلى الوارث ، لكونه حقا متعلقا بالمال فللوارث أن يطلب إبطال العقد بعد وفاة المورث . فإن له من باب أولى أن يتنازل عن دعوى الإبطال بالإجازة ، فيصبح العقد باتا بالإجازة لأنها لا تضيف إليه جديدا ، وإنما تقوى فيه عوامل الصحة ، وتؤكد ما أنتجه من أثر في الفترة ما بين العقد وصدور الإجازة^(١) .

٢ - التباذم المصطف . la prescription extinctive .

الحق في طلب الإبطال لا يمكن أن يبقى على الدوام لأنه يؤدي إلى اضطراب الأحوال وعدم استقرار المعاملات . ولذلك قررت المدة (١٤٠) مدنى مصرى ، سقوط الحق في طلب الإبطال بالتقدم إذا لم يتمسك به صاحبه ، خلال ثلاث سنوات تبدأ من وقت زوال سبب الإبطال ، أو خلال خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت تمام العقد أى الملتين أقصر .
ومن ثم فإن حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع يسقط إذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من وقت زوال سبب الإبطال ، أى من الوقت الذى علم فيه بالمبيع بعد العقد ، أو خلال خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، ولو لم يعلم المشتري بحقيقة المبيع خلال تلك المدة^(٢) .

ويترتب على سقوط الحق في طلب الإبطال بالتقدم المسقط تأكيد العقد نهائيا وتأييد أثره التى أنتجها ، واعتباره كأن لم يكن فى أى وقت منذ إبرامه قابلا للإبطال ، شأنه فى ذلك شأنه الإجازة تماما^(٣) .

(١) د/ عبد الرازق حسن فرج الإجازة في التصرفات القانونية المرجع السابق فـ ٤١ ص ٥٠٤٩ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي . المرجع السابق فـ ٢٨ ص ٤٢ .

(٣) د/ سليمان مرقص نظرية العقد والإرادة المنفردة فـ ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

ولكن لا يجوز التمسك بسقوط الحق في طلب الإبطال بالتقدم لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن التقدم لا يتطابق بالنظام العام^(١) .

ثانيا : الأسباب الواردة في نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى .

١ - إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع .

وهو ما أورثته المادة (٤١٩) من القانون المدنى المصرى في فقرتها الثانية والتي تنص على أنه : " إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع " ، فكما هو واضح من صريح نص المادة ، أن إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع يسقط حقه في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافى بالمبيع ، لأن المرء مؤاخذ بإقراره فيكون إقراره حجة عليه . وذلك لأن إقرار المشتري في العقد بعلمه بالمبيع ، إما أن يكون متفقا مع حقيقة الواقع ، فيكون العلم متحققا فعلا ، ويكون رضا المشتري صادر عن بينه من أمر ما اشترى . وإما ألا يكون الإقرار متفقا مع الواقع فيدل ذلك على أن المشتري لا يعلق كبير أهمية على معاينته للمبيع وعلمه به^(٢) .

ولكن يراعى أن اعتراف المشتري وإقراره في العقد بعلمه بالمبيع ، لا ينتج أثره في سقوط حق المشتري في طلب الإبطال ، إذا ثبت أن هذا الإقرار ، كان نتيجة تدليس قام به البائع ، حسب نص المادة (٤١٩) في

^(١) نقض مدنى مصرى ١٥ فبراير ١٩٧٢ م ، مجموعة أحكام النقض التى يصدرها المكتب الفنى ، سنة ٢٣ قضائية

رقم ٢٥ - ١٦٢ .

^(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي للرجع السابق ٢٨ - ٤٢ ، ٤٣ ،

د/عبد الوحد يحيى للرجع السابق ٥٠ - ،

د / إسماعيل غانم للرجع السابق ٥١ - ٨٠ .

فقرتها الثاقية . ويقع عبء إثبات التتليس على المشتري ، وله أن يقيم الدليل عليه بكافة طرق الإثبات^(١) .

ويرى جانب من الفقه المصري ، أنه يؤخذ على المشرع التعبير بلفظ (سقط) الوارد في نص المادة (١٩٤/٢) ، لأنه بذلك يجعل إقرار المشتري بعلمه بالمبيع من ضمن حالات سقوط الحق في طلب الإبطال ، مع أن السقوط يفترض أن الحق في الإبطال قد وجد ، والواقع أنه لم ينشأ مطلقاً ، لأن سبب حرمان المشتري من طلب الإبطال مصاحب للعقد ، فالمشتري لا يستطيع في هذه الحالة الطعن في العقد ، حتى يقال إن حقه في الطعن في العقد بالإبطال قد سقط^(٢) .

ومن جانبى أؤيد هذا الرأى ، ولؤكد على أن إقرار المشتري في عقد البيع بعلمه بالمبيع ، لا يعتبر سبباً لسقوط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، وإنما يعتبر فقط قرينة على تحقق علم المشتري بالمبيع ، تمنع من قيام الحق للمشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، وهى بالطبع قرينة قابلة لإثبات العكس .

٢ - إذا تسلو المشتري المبيع ومضى على ذلك مدة سنة ، دون أن يصدر منه ما يحل على محله رضائه به .

وهو ما يستفاد من نص المادة (١٩٤) في فقرتها الثالثة ، والتي تنص على أنه " يسقط حق المشتري في إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فـ ٢٨ صـ ٤٣ ،

د/ إسماعيل غانم . المرجع السابق فـ ٥١ صـ ٨١ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط جـ ٤ صـ ١٢٤ هامش (١) ، د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق فـ ٤١ صـ ٧١ ، د/ توفيق حسن فرج المرجع السابق صـ ١٠٨، ١٠٧ هامش (٣)

د/ مصطفى أحمد الزرقاء المرجع السابق صـ ٦٢، ٦٣ هامش (٣) .

بمضى سنة من وقت تسلم المبيع " ، وهى الفقرة التى أضافتها لجنة
مراجعة القانون المدنى ، بناء على اقترح بعض الأعضاء^(١) .
وكذلك نص المادة ٣٨٤ من مشروع قانون المعاملات المدنية فى فقرتها
الثالثة والتى تنص على أنه : " يسقط حق المشتري فى طلب الإبطال إذا
مضى على البيع وقت كلف للوقوف على حالة المبيع ، دون أن يصدر
منه ما يدل على عدم رضائه به " .
والمقصود بتسلم المبيع هو التسلم الفعلى الذى يمكن المشتري من
الوقوف على حالة المبيع ، والتحقق من مدى ملاءمته لغرض المشتري
من الشراء ، فالتسليم الفعلى يمكن المشتري من العلم بالمبيع ،
وأرى أن مدة السنة مع تسلم المبيع من جانب المشتري ، يعتبر وقتا كافيا
للولوقوف على حالة المبيع والتحقق منه ، فإذا انقضت هذه المدة دون أن
يصدر من المشتري ما يدل على عدم رضائه بالمبيع ، سقط حقه فى طلب
الإبطال بدعوى عدم العلم به ، وذلك لأن البائع عندما قام بتسليم المبيع
إلى المشتري ، وتركه مدة كافية للاطلاع على المبيع والتحقق منه ،
يكون قد وفى بالتزامه الذى أوجبه عليه المشرع ، وأصبحت الفرصة
ساحة أمام المشتري للتعرف على المبيع والعلم بحقيقته ، فإن لم يفعل
يكون مقصرا فى حق نفسه ، ولا شك أن هذا الحكم يحقق استقرار
المعاملات ، ويعتبر إرساء لمبدأ العدالة والمساواة بين طرفى العقد .

(١) د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوى ، عقد البيع المرجع السابق ص ١٧٦ هامش (١) ،

مجموعة الأعمال الصحفية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٢٤٩ .

ثالثاً : الأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية في الفقه الإسلامي وتطبق على سقوط الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع .

يسقط حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، بنفس الأسباب التي يسقط بها حق المشتري في خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، ومنها :

١ - تصرف المشتري في المبيع قبل العلم تصرفاً يوجب حفاً للغير في الشيء المبيع ، كما لو باعه أو رهنه أو وهبه أو أجره .

٢ - هلاك المبيع في يد المشتري أو تعيبه ، أو تحوله إلى شيء آخر ، مما يستحيل معه إعادة رده إلى البائع بحالته التي كان عليها .

وإن كان جانب من الفقه القائل يرى أن استحالة رد المبيع بحالته التي كان عليها بسبب التعيب أو الهلاك أو التحول ، لا يسقط حق المشتري في طلب الإبطال ، وذلك إعمالاً لنص المادة (١٤٢) من القانون المدني المصري ، والتي تقرر صراحة أنه : " في حالتى إبطال للعقد وبطلانه ، يعاد المتعاقدان إلى للحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل " ، فهي تجيز للمتعاقد طلب الإبطال حتى ولو استحال إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل العقد ، ويجوز الحكم بتعويض عادل ، لأنه وإن كانت أحكام خيار الرؤية ، هي المصدر التاريخي لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، إلا أن إعمال حكمها في هذه الحالة يتعارض مع قواعد الإبطال إلى تسرى على جميع حالات الإبطال ، بصرف النظر عن المصدر التاريخي للنص .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى تضارب الأحكام في التشريع الواحد^(١)

٣ - تغير المبيع في يد المشتري بطرء الزيادة عليه وغيرها من الأسباب التي يسقط بها خيار الرؤية في الفقه الإسلامي .

(١) د/ جيل الشرفاوى . المرجع السابق ص ٤٢ ، هامش (٢٤) ،

د/ حاتم الدين كامل الأهلانى . المرجع السابق ص ١٢٩ - ٩٢ ،

د/ محمد لبيب شنب ، ود/ محمدى صبحى خليل . المرجع السابق و ٤٦ مكرر ص ٧٨ .

المطلب الثاني

خيار الرؤية في الفقه الإسلامي

إذا لم يعط المشتري بحقيقة المبيع ثبت له الحق في خيار الرؤية بين إمضاء العقد أو فسخه ، وهو ما يتضح مما يلي :

٢٠٩ - أولاً : تعريف خيار الرؤية .

في اللغة : لفظ (الرؤية) من المركب الإضافي (خيار الرؤية) فهو مصدر الفعل رأى يرى ومعناه في اللغة : النظر بالعين وبالقلب^(١) .

في اصطلاح الفقهاء : هو حق يثبت به للمتلک فسخ العقد أو إمضؤه عند رؤية محله المعين ، إذا لم يكن رآه حين التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه . والإضافة في خيار الرؤية من إضافة المسبب إلى السبب ، أى خيار سببه الرؤية ، وقيل إن الرؤية شرط ثبوت الخيار ، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية^(٢) .

٢١٠ - ثانياً : آراء الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية .

اختلف الفقهاء في مدى مشروعية خيار الرؤية ، تبعاً لاختلافهم حول صحة بيع العين الغائبة ، ونتج عن ذلك الاتجاهات التالية :

الاتجاه الأول : وذهب فيه فقهاء الحنفية والزيدية والشافعية في مذهبهم القديم^(٣) ، إلى القول بمشروعية خيار الرؤية ، إذا لم يكن محل العقد فيه جهالة فاحشة ، والجهالة الفاحشة تتحقق بعدم بيان أو ذكر جنس محل العقد أو نوعه ، دون ذكر أوصافه . ويثبت خيار الرؤية بحكم الشرع دون

^(١) لسان العرب مادة رأى جـ ٣ - ١٥٣٧ .

^(٢) رد مختار جـ ٤ - ٩٦ ، شرح فتح القدير جـ ٥ - ١٣٧ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة الرسالة السابقة ٣٦٣ - ٣٦٤ ، د/ عبد المجيد مطلوب خيار الرؤية البحث السابق ٤٨٦ .

^(٣) رد مختار جـ ٤ - ٩٧ ، ٩٦ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد الحنفي ، جـ ٢ - ٣٤ ط . دار إحياء التراث العربي ، البحر الزخار جـ ٤ - ٣٥١ ، المجموع شرح المهذب جـ ٩ - ٢٨٨ .

حاجة إلى اتفاق الإرادتين عليه ويتمكن العاقد بموجبه من فسخ العقد أو إضائه على سبيل التروى ، ولو كان ما اشتراه موافقاً لما وصف له عند العقد .

الاتجاه الثاني : وذهب فيه فقهاء المالكية إلى القول بمشروعية خيار الرؤية ، إذا اشترطه المشتري في بيع ما لم يره ليصح عقده . فإذا لم يسبق للمشتري رؤية العين محل العقد ، ولم توصف له بما يبين نوعها وجنسها ، ويميزها عن غيرها ، أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً عن مكان العقد ، فإن العقد لا يجوز إلا إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار . وخيار الرؤية عند المالكية لا يثبت بحكم الشرع ، بل هو إرادى محض ، يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب ، وبدونه يفسد العقد^(١) .

الاتجاه الثالث ، ويذهب أصحابه إلى القول بعدم مشروعية خيار الرؤية ، وإنكاره مطلقاً ، وهو القول الجديد المعتبر في مذهب الشافعية ، وأظهر الروايين في مذهب الإمام أحمد ، وهو ما ذهب إليه الإمام ابن حزم الظاهري^(٢)

وقد سبق بيان الأئمة ومناقشتها مع بيان الراجح من الأقوال ، عند التعرض لحكم بيع العين الغائبة^(٣) .

٣ - ثالثاً : شروط ثبوت خيار الرؤية .

يشترط القائلون بمشروعية خيار الرؤية توافر شروط معينة ، لثبوت الحق في الخيار للعاقد ، وهى :

١ - أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ - ص ٢٦٠ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ - ص ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، شرح الخرى ج ٥ - ص ٣٤٤ ، د/ عبد الستار أبو غدة الحجرات وأثرها في الصرافة ، الرسالة السابقة ص ٣٧٠ .

(٢) المجموع شرح المهذب ج ٩ - ص ٣٠١ ، ٢٨٨ ، مفتي احتاج ج ٢ - ص ١٨ ، المفتي مع الشرح الكبير ج ٤ - ص ٧٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ - ص ٢٨٠ .

(٣) راجع لـ ١٩٦٦ ص ٣٦٠ وما بعدها من الرسالة .

ويتحقق ذلك إذا كان المعقود عليه (المبيع) عيناً معينة بالذات ، أما إذا كان معيناً بنوعه وأوصافه ، كبيع السلم ، وبيع الأشياء المثالية ، فلا يثبت للمشتري فيه خيار الرؤية ، لأن محل العقد يعد بمثابة دين في الذمة يوفى بمثله .

والفرق بين ما يتعين بالذات ، وبين ما يثبت في الذمة - وهو ما يتعين بالوصف - أن أساس تحقق الرضاء في النوع الأول ، هو رؤية محل العقد ، فبالرؤية يتحقق الرضاء للتام في هذا النوع من العقود ، أما العقود الواردة على دين في الذمة ، فأساس تحقق الرضاء فيها هو الوصف ، فإذا تم الوصف ، تحقق الرضاء ، ويتحقق الرضاء ينتفى الحق في خيار الرؤية^(١) .

٢ - عدم رؤية العاقد محل العقد عند العقد أو قبله مع عدم التغير ، فإذا رأى المشتري المبيع حين العقد ، لم يكن له خيار الرؤية ، وكذلك إذا رآه قبله ثم وجده عند العقد كما رآه سابقاً ، لأن العلم بأوصاف المبيع حاصل بالرؤية السابقة ، أما إذا وجد المشتري المبيع متغيراً عما سبق ، فله حق خيار الرؤية ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر ، فيكون مشترياً لشيء لم يره ، فيثبت له الخيار إذا رآه^(٢) .

٣ - أن يكون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ ، أي ينفسخ بالرد ، وذلك كالمبيع في عقد البيع ، حيث ينفسخ العقد برده . أما إذا كان العقد مملاً لا

(١) بدائع الصانع ج٧ - ٣٣١٢ ، شرح فتح القدير ج٥ - ١٣٩ ، د/ عبد الرزاق السهروري مصادر الحق ج٤ - ٢٥٠ ، الشيخ علي الخفيف مختصر أحكام المعاملات - ١٤٩ ، د/ عبد الله عبد الله محمد الملقى أحكام المحارقات في الشريعة الإسلامية والقانون للفق اليق دراسة مقارنة بالقانون المدن المصري رسالة دكتوراه - ٣٢٧، ٣٢٨ كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٨ م .

(٢) بدائع الصانع ج٧ - ٣٣١٢، ٣٣١٣ ، فتح القدير ج٥ - ١٤٠ ، د/ السهروري مصادر الحق ج٤ - ٢٥١ ، د/ عبد الكريم أبو غده الرسالة السابقة - ٣٩٩ ، د/ عبد الله محمد الملقى الرسالة السابقة - ٣٢٨ .

يقبل الفسخ بالرد ، كعقد النكاح ، لم يثبت فيه خيار الرؤية ، فلو كان المهر قطعة من أرض لم ترها الزوجة ، لم يكن لها الخيار عند رؤيتها^(١) .
٤ - رؤية المعقود عليه أو ما هو بمنزلتها بعد العقد .
وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية من أن رؤية المعقود عليه بعد الشراء شرط لثبوت الخيار^(٢) .

٢١٢ - رابعاً ، صاحب الحق في خيار الرؤية .

يثبت خيار الرؤية للمشتري في عقد البيع فقط ، دون الباع ، فمن ورث شيئاً من الأعيان في بلد بعد قبضه قبل رؤيته ، لا يثبت له خيار الرؤية ، وذلك تمسكاً بنص الحديث ، الذي أثبت الخيار لمن اشترى لا لمن باع . وهو آخر القولين عن الإمام أبي حنيفة ، وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية^(٣) .

٢١٣ - خامساً ، توقيت خيار الرؤية .

١ - وقت ثبوت خيار الرؤية : يبدأ خيار الرؤية ويثبت للمشتري الحق في استعماله بعد رؤية المبيع لا قبلها ، فلو أمضى المشتري العقد قبل رؤية المعقود عليه ، ورضى به صراحة بأن قال : أجزت العقد أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى ، ثم رآه بعد ذلك كان له أن يردّه بخيار الرؤية ، لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية ، فلو ثبت له حق الإجازة قبلها وأجاز ، لم يثبت له الخيار بعدها ، وذلك مخالف للنص ، ولأن المعقود عليه قبل

^(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج٤ ص٢٥ ، د/ عبد المجيد مطلوب البحث السابق ص٤٩٨ .

^(٢) رد المحتار ج٤ ص٩٦ ، شرح فتح القنير ج٥ ص١٣٧ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة اختارات وآثارها في التصرفات للرسالة السابقة ص٤٠٥ .

^(٣) بدائع المتابع ج٧ ص٣٣٦١ ، شرح فتح القنير ج٥ ص١٤٠ ، تبين الحقائق ج٤ ص٢٥ ، د/ عبد الستار أبو غدة الرسالة السابقة ص٤٠٦ .

الرؤية مجهول الوصف ، والرضا بالشيء قبل العلم به ويوجد سببه محال ، فكان ملحقاً بعدم^(١) .

واختلف فقهاء الحنفية حول مدى جواز فسخ العقد قبل الرؤية فقال بعضهم بعدم الجواز ، لأن العقد قبل الرؤية يكون لازماً^(٢) ، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يجوز للمشتري فسخ عقد البيع قبل الرؤية ، لما في العقد من صفة عدم لزوم ، للجهالة المصاحبة له عند إبرامه فيجوز الفسخ بسبب عدم لزوم العقد ، وهو الصحيح عند الحنفية^(٣) .

٢ - وقت انتهاء خيار الرؤية : يرى بعض الفقهاء أن خيار الرؤية ليس له مدة ينتهي بانتهائها ، بل يبقى إلى أن يصدر ما يدل على الرضاء أو فسخ العقد ، أو حصول ما يسقطه ، لأن مسبب ثبوت الخيار هو اختلال الرضاء والحكم يبقى ما بقي سببه ، وهذا هو الراجح في مذهب الحنفية ويرى بعضهم أن خيار الرؤية مؤقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية ، وينتهي وقته بمضى أى زمن - بعد الرؤية - يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ولم يفعل ، فلو رأى المشتري المبيع وأمكنه الفسخ ولم يفسخ العقد يسقط خياره وإن لم توجد الأسباب المسقطه للخيار^(٤) وأرى أن هذا الرأي أرفق بالبايع ، كما أن فيه تأكيداً لقاعدة اللزوم التى هى الأصل في العقود، وبه يتحقق استقرار المعاملات .

(١) بدائع الصانع ج٧ ص ٣٣٦٩، ٣٣٦٨ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٩ ، الشيخ على الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات ص ١٥٣ ، الموسوعة الفقهية ج ٢٠ ص ٧٢ .

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ١٣٩ .

(٣) بدائع الصانع في ترتيب الشرائع ج٧ ص ٣٣٦٩ .

(٤) بدائع الصانع ج٧ ص ٣٣٦٩ ، الشيخ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات ص ١٥٣ ، الشيخ أحمد

إبراهيم المعاملات الشرعية ص ١٠٧ ط ١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م .

٢١٤ - ماحداً : أثر خيار الرؤية .

١ - أثر خيار الرؤية على صحة العقد .

الأثر الجوهري لخيار الرؤية على صحة العقد ، هو سلب لزوم العقد ، فيصير العقد غير لازم ، بعد أن كان لازماً في حق من ثبت له الخيار ، وهو المشتري في عقد البيع ، ويكون له حق إضفاء العقد ، وحق فسخه والرجوع فيه^(١) .

٢ - أثر خيار الرؤية على حكم العقد .

(أ) مرحلة ما قبل الرؤية : وهي تبدأ بمجرد انعقاد العقد ، وتنتهي برؤية المشتري للعين محل التعاقد ، وحكم العقد قبل الرؤية حكم العقد الذي لا خيار فيه ، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع ، وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال ، لأن ركن العقد صدر مطلقاً عن شرطه ، وكان ينفي أن يلزم العقد ، إلا أنه ثبت الخيار شرعاً للمشتري ، بخلاف خيار الشرط لأن الخيار ثبت بإرادة العاقدين ، فلتر في ركن العقد بالمنع من الانقضاء في حق الحكم ، تحقيقاً لرغبة العاقد في تعليق العقد^(٢) ، وهذا بناء على القول بصحة الفسخ قبل الرؤية ، لأن العقد غير لازم ، أما من منع فسخ العقد قبل الرؤية ، فهو يرى أن العقد بات ، فلا يلحقه فسخ ولا إجازة إلى أن تحصل الرؤية ، وبذلك يكون العقد قبل الرؤية لازماً لا خيار فيه^(٣) ، ويؤيد ذلك أن المشرع علق إمكانية فسخ العقد على العين الغالبة ، على رؤية

(١) رد المختار جـ ٤ ص ٩٦ ، بدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣٦ ، حيث جاء فيه : " وأما صفته فهي أن شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ... ، ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فوجب غللاً فيه ، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار " .

(٢) بدائع الصانع جـ ٧ ص ٣٣٦ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٩ .

هذه العين ، لأن الرؤية شرط الخيار ، والمعلق بالشئء عدم قبل وجوده^(١) .

(ب) مرحلة ما بعد الرؤية : إذا رأى المشتري العين للمبيعة بعد العقد ، فإنه يثبت له خيار الرؤية ، ويقوم الخيار في هذه الحالة ، لتحقيق آخر شرائطه وهو الرؤية ، ويصبح العقد غير لازم بالاتفاق . ولكن لا يترتب عليه أى أثر في حكم العقد ، فلا يمنع انتقال الملك في البولين ، لأن سبب العقد قد وجد خاليًا من تعليق حكم العقد، فيظل أثره كاملاً ، كاتنقال الملك وغيره^(٢) . وقد خالف في هذا فقهاء المالكية ، وذهبوا إلى أن الملك مع خيار الرؤية لا ينتقل ، لعدم استقرار العقد باحتمال الفسخ ، لأن البيع مع اشتراط خيار الرؤية يكون غير لازم من جهة المشتري قبل الرؤية وبعدها ، ولذلك يمنع للتقيد (أى دفع الثمن) مطلقاً^(٣) .

٣١٥ - سابقاً : سقوط خيار الرؤية .

يسقط خيار الرؤية - سواء قبل الرؤية أو بعدها - بحصول أحد الأمور التالية :

١ - تصرف المشتري في المبيع بما يوجب حقاً للغير ، كما لو باع المشتري الشئء الذى اشتراه ولم يره لشخص آخر ، بيعاً لا خيار فيه ، أو رهنه ، أو أجره ، أو وهبه مع التسليم ، لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك ، وملك صاحب الخيار ثابت فيها ، فصاغت المحل ونفذت ، وبعد

^(١) د/ عبد الستار أو غده . الرسالة السابقة صـ ٤١٠ ، د/ عبد الله محمد الملقى الرسالة السابقة صـ ٣٨٧ .

^(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ صـ ٣٣٦١ ، الموسوعة الفقهية الجزء العشرون صـ ٧٣ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غده الرسالة السابقة صـ ٤١٠ .

^(٣) شرح الخروشي جـ ٥ صـ ٣٥٠٣٤ ، حاشية الدوقى على الشرح الكبير جـ ٣ صـ ٢٧٠٢٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك جـ ٢ صـ ٣٦٧ .

نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع ، فبطل الخيار ضرورة ، كما أن إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات^(١) .

٢ - تغير المبيع بغير فعل المشتري ، وسواء حصل للتغير بطرء الزيادة عليه على أن تكون مانعة من الرد ، كالزيادة المتصلة غير المتولدة منه كالبناء وصبغ الثوب ، والزيادة المنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، أما الزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان إذا كان هزيلاً ، وكبره إذا كان صغيراً ، فهناك خلاف بالنسبة للمنع ، وظاهر الرواية أنها لا تمنع ، وكذلك الزيادة المنفصلة غير المتولدة منه كالغلة فإتباعها لا تمنع من الرد ، وقد يحصل التغير بالنقص والتعيب بأفة سماوية أو بفعل أجنبي ، أو بفعل البائع عند أبي حنيفة^(٢) .

٣ - تعذر رد المبيع لهلاكه أو تعيبه في يد المشتري ، لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع المبيع إلى البائع كما تسلمه المشتري ، والفسخ يكون بالحالة التي كان عليها المبيع عند العقد ، وقد استلمه سليماً ، فلا يردّه معيباً ، ولذا يسقط الخيار^(٣) .

٤ - إجازة أحد الشريكين للعقد دون صاحبه ، وذلك فيما اشترياه ولم يرياه عند أبي حنيفة ، حذراً من تفريق الصفقة على البائع^(٤) .

٥ - موت من له الخيار ، فإذا توفى سقط خياره ولزم العقد^(٥) والأمر محل خلاف بين الفقهاء ، فقد ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول بأن خيار الرؤية لا يورث ، فإذا مات المشتري بعد ثبوت الخيار له وقبل أن يختار ، فإن حق

(١) شرح فتح القدير ج٥ - ١٤١ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غده ، الرسالة السابقة ص ٤١١ .

(٢) بدائع الصنائع ج٧ - ٣٣٧٢ ، د/ عبد المجيد مطلوب البحث السابق ص ٥٠٩ .

(٣) الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٥٢ ، د/ عبد الستار أبو غده الرسالة السابقة ص ٤١٢ ، د/ عبد

المجيد مطلوب البحث السابق ص ٥٠١ .

(٤) بدائع الصنائع ج٧ - ٣٣٧٢ .

(٥) بدائع الصنائع ج٧ - ٣٣٧١ ، الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٥٢ .

الخيار لا ينتقل إلى ورثته ، وقد علل الإمام الزيلعي ذلك بأن : " الخيار ثبت بالنص للعقد ، والوارث ليس بعقد فلا يثبت له ، ولأن الخيار وصف له فلا يثبت فيه الإرث " (١) .

كما أن خيار الرؤية إرادة ومشينة ، كخيار الشرط ، والوارث لا يرث مورثه في رغبته (٢) .

وذهب فقهاء الشافعية إلى القول بأن الخيار ينتقل إلى الوارث (٣) . ولا يسقط خيار الرؤية بصريح الإسقاط ، لا قبل الرؤية ولا بعدها ، لأنه ثبت شرعاً حقاً لله تعالى ، فلا يسقط بإسقاط العبد (٤) .

٢٦٦ - إتماماً : إكتفاء خيار الرؤية .

ينتهي الخيار بعد الرؤية لا قبلها بأحد أمرين :

- الأول : الإجازة للعقد ، وهو انتهاء للخيار وحده مع بقاء العقد . .
 - الثاني : الفسخ للعقد ، وهو انتهاء للخيار تبعاً لمسقطه بسقوط أساسه .
- ١ - إكتفاء الخيار بالإجازة .

ينتهي الخيار بإجازة العقد ممن يثبت له الحق في الخيار ، والإجازة إما قولية ، وهي الرضا بالعقد صراحة ، أو ما يجري مجراها ، وإما قطعية تستفاد بطريق الدلالة ، بأن يوجد من المشتري تصرف يدل على الرضا .

- الإجازة الصريحة أو ما يجري مجراها :

تتم الإجازة الصريحة بالتعبير عن الرضا صراحة ، بكل عبارة تليق إمضاء العقد أو اختياره ، كأن يقول المشتري أجزت العقد أو رضيت به أو اخترته .

(١) تبين الحقائق للزيلعي ج٢ ص ٣٠ .

(٢) الشيخ على الخفيف مختصر أحكام المعاملات ص ١٥٣ .

(٣) المجموع شرح المهلب ج٩ ص ٢٩٤ .

(٤) بدائع الصانع ج٧ ص ٣٣٧٢ .

وفي معنى الرضا الصريح ما شبهه وجرى مجراه ، سواء أعلم البائع بالإجازة أم لا ، لأن الأصل في البيع المطلق للزوم^(١) .

- الإجازة بطريق الدلالة :

وهي أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا ، ومن هذه التصرفات :

القبض بعد الرؤية ، لأنه دليل الرضا بلزوم العقد وسقوط الخيار ، لأن القبض شبهاً بالعقد ، فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية .
التصرف في المبيع تصرف المالك ، بأن كان ثوباً فقطعه ، أو أرضاً فبنى عليها ، لأن إقدامه على هذه التصرفات دليل الرضا ، ولولا هذا التقدير لكان متصرفاً في ملك الغير وهو حرام ، فجعل ذلك إجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام ، وبذلك يعتبر الإقدام على التصرفات التي توجب حقاً للغير أو ملكاً لازماً ، إجازة والتزاماً للعقد دلالة^(٢) .

٢ - انقضاء الخيار بالفسخ :

الفسخ في اللغة : مصدر فسخ يفسخ ، وبابه قطع . وقد أطلقه علماء اللغة على عدة معان منها : النقض والفك والإزالة والتفريق^(٣) .
والفسخ في اصطلاح الفقهاء : عرفه العلامة الكسائي بأنه : رفع العقد من الأصل^(٤) ، وعرفه العلامة ابن نجيم الحنفى بقوله : حقيقة الفسخ حل ارتباط العقد^(٥) ، كما وردت تعريفات له بأنه : إنهاء للعقد الصحيح ناتج عن شرط إدراجه المتعلقان في العقد أو شرط افتراضه الشارع ، أو ناشئ

^(١) الهداية وفتح القدير ج٥ ص ١٤٥ ، بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦٩ .

^(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧ ، ٣٣٧٢ ، شرح العناية على الهداية وفتح القدير ج٥ ص ١٤١ .

^(٣) البيان العرب مادة فسخ ج٥ ص ٣٤١٢ .

^(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٤٤ .

^(٥) الأخياء والنظائر لابن نجيم ص ٣٢٨ .

عن استحالة تنفيذ الالتزام^(١)، أو هو : نقض الحكم الناشئ عن العقد القابل لذلك^(٢).

أنواع الفسخ :

الفسخ إما أن يكون لاختياراً أو ضرورياً ، وصورة الفسخ الاختياري -الذي ينتهي به الخيار تبعاً - هي أن يقول فسخت العقد ، أو نقضته أوردته ، وما يجرى هذا المجرى .

وأما الفسخ الضروري فصورته أن يهلك المبيع قبل القبض ، فيفسخ العقد ضرورة ، وينتهي معه خيار الرؤية لذهاب المحل^(٣).

شروط الفسخ :

يشترط حتى يقع الفسخ ويترتب عليه حكمه ما يلي :

١ - قيام الخيار ، لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد ، والعقد لازم لا يحتمل الفسخ .

٢ - أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، فإن رد المشتري بعض المبيع دون البعض لم يصح ، وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض ، لم يجز ، وسواء كان قبل قبضه المعقود عليه أو بعده ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة ، وفي بقاء خيار الرؤية في البعض تفريق للصفقة على البائع بالفسخ عند الإمام أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف ليس بشرط.

٤ - ألا يتنازل صاحب الحق في الفسخ عن استعمال حقه .

ولكن لا يشترط في الفسخ ما يلي :

(١) د/ حسن النون . النظرية العامة للفسخ الرسالة السابقة ص-٣٢ .

(٢) د/ علي أحمد مرعي فسخ العقد في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه ص-٣٢ ط-١٩٧٣ ، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر .

(٣) بدائع الصنائع ج-٧ ص-٣٣٧٧ ، شرح فتح القدير ج-٥ ص-١٤١ .

١ - لا يشترط القضاء أو التراضي لصحة الفسخ بخيار الرؤية ، فيصح الفسخ من غير قضاء القاضى به ، أو رضاء البائع بالفسخ ، وذلك قبل القبض وبعده^(١) ، فالرجوع فى العقد بفسخه يقع بالإرادة المنفردة لمن ثبت له خيار للرؤية ، لأنه رخصة من الشارع ، وهو حق انفرادى خالص للمتملك^(٢) .

٢ - لا يشترط للفسخ حصول الرؤية عند بعض الحنفية لأن العقد غير لازم^(٣) حكم الفسخ ،

يقصد بحكم الفسخ هنا آثاره التى تترتب عليه ، أو الآثار التى يرتبها الشارع على الفسخ .

وحكم الفسخ بهذا المعنى هو : زوال الآثار التى كانت مترتبة على العقد قبل وقوع الفسخ ، فيرد المبيع إلى ملك البائع ، والثمن إلى ملك المشتري ، وهذه الآثار تزول من وقت وقوع الفسخ فقط ، لأنه يرفع العقد من حينه لا من أصله ، وفقاً لرأى بعض الشافعية والرأى الراجح عند الحنابلة^(٤) ويرى فقهاء الحنفية أن الفسخ يزيل آثار العقد من وقت إبرامه لأنه رفع للعقد من الأصل^(٥) .

^(١) رد مختار ج٤ ص ٩٦ ، فتح القدير ج٥ ص ١٤٠ ، بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٧٧ .

^(٢) د/ لابين محمد يونس الغالي ، خيار الرؤية وآثاره على العقد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوحدى ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة ص ١١٣ ، ١١٤ ، المجلد الثانى خوال ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م .

^(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٧ ص ٣٣٦٩ .

^(٤) مفتى المحتاج ج٧ ص ٤٨ ، المفتى لابن قدامة ج٣ ص ٥٨١ . ط . عالم الكتب بيروت .

^(٥) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٤ ، د/ على أحمد مرعى لسخ العقد في الشريعة الإسلامية الرسالة السابقة ص ٤٧ .

المطلب الثالث

مقارنة بين القابلية للإبطال في القانون المدني وخيار الرؤية

في الفقه الإسلامي

٢١٧ - يتضح مما تقدم أن هناك أوجه تقارب بين القابلية للإبطال أو البطلان النسبي ، كجزاء لعدم تحقق العلم بالمبيع في القاتون المدني ، وبين خيار الرؤية الذي تمنحه الشريعة الإسلامية للمشتري الذي لم ير المبيع عند العقد .

- وتتمثل أوجه الاتفاق فيما يلي :

١ - أن القابلية للإبطال كجزاء لعدم تحقق العلم بالمبيع في القاتون المدني ، إنما تترتب لمخالفة قاعدة قانونية وردت بنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى والتي توجب علم المشتري بالمبيع ، حماية له وتحقيقاً لمصلحته الخاصة وهي مصلحة رأى المشرع أنها جديرة بالحماية ، وكذلك خيار الرؤية في الفقه الإسلامى يترتب بحكم الشرع ، حيث ورد النص عليه بالحديث الشريف ، حماية للمشتري وتحقيقاً لمصلحته الخاصة .

٢ - الحق في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع ، إنما يتقرر لمصلحة المشتري فقط دون البائع ، وفقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، وكذلك الحق في خيار الرؤية يثبت للمشتري فقط دون البائع ، حسب رأى الراجح في الفقه الإسلامى .

٣ - أن العقد رغم قابليته للإبطال بسبب عدم العلم بالمبيع ، يعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلى أن يقضى ببطاله ، وكذلك في الفقه الإسلامى ، فإن العقد مع خيار الرؤية يعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلى أن يفسخه من تقرر له الحق في الخيار .

٤ - إن المشتري يستطيع إسقاط حقه في طلب الإبطال بإجازة العقد وفقاً للقانون المدني ، وكذلك يمكن إمضاء العقد وإجازته وعدم فسخه وفقاً لأحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ، فيستقر بصفة نهائية .

- ولكن يظهر الاختلاف فيما يلي :

١ - إن القانون المدني يجعل الإقرار بالعلم بالمبيع مسقطاً لحق المشتري في طلب الإبطال (المادة ١٩٤/٢) ، ولو لم يتفق الإقرار مع الواقع ، على أساس أنه تنزل عن الحق في الطعن بالبطلان وإجازة للعقد ، بخلاف الوضع في الفقه الإسلامي ، والذي يمنع إمضاء العقد وإجازته قبل الرؤية ، لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية ، فلا يجوز التنازل عنه قبلها . ولأن الرضا أساس التعاقد ، والرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور .

٢ - إن بطلان العقد لا يتم إلا بالاتفاق عليه بين الطرفين ، أو صدور حكم به من القضاء ، بخلاف حق المشتري في الفسخ طبقاً لأحكام خيار الرؤية ، حيث يستطيع المشتري فسخ العقد بنفسه ، دون توقف على رضا الطرف الآخر أو صدور حكم من القضاء بالفسخ .

٣ - إن حق المشتري في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع يمحط بالتقادم بمضي ثلاث سنوات من وقت العلم ، أو خمس عشرة سنة من وقت العقد بخلاف الحق في خيار الرؤية ، فهو غير مؤقت بمدة ينتهي بها ، بل يبقى حتى يوجد ما يسقطه ، وفقاً للرأي الراجح في مذهب الحنفية .

وأرى : أن وصف الفقه الإسلامي للعقد الذي لا يعلم فيه المشتري بحقيقة المبيع بأنه عقد غير لازم يحق للمشتري فسخه أو إجازته بإرلاته المنفردة دون توقف على رضا البائع ، أو صدور حكم به من القضاء ، هذا الوصف أصبح وأدى في تحقيق الحماية اللازمة لمصلحة المشتري ، من وصف العقد بأنه قابل للإبطال في القانون المدني ، لأن القابلية للإبطال أو البطلان النسبي ، ليس فيه من معنى البطلان شيء ، لأن العقد يكون تاماً

ومنتجاً لآثاره ، رغم قابليته للإبطال . وإذا كانت القابلية للإبطال ، أو
البطلان النسبي يسلب العقد لزومه بالنسبة لمن تقرر لمصلحته ، بحيث
يكون للمشتري في حالة عدم العلم بإجزة العقد، أو المطالبة بإبطاله ، إلا
أن البطلان وفقاً للقانون المدني لا يتم إلا بتراضى الطرفين عليه ، أو
صدور حكم به من القضاء ، وفي ذلك من الغناء على المشتري ما يتنافى
مع الحماية الواجب توافرها له .

المبحث الثاني

التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية كجزاء لإخلال البائع
بالالتزام بالإعلاء

٢١٨ - تمهيد وتقسيم

إذا أخل البائع بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات ومواصفات المبيع
مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمشتري ، فإنه يترتب على ذلك إلزام البائع
بتعويض المشتري عن هذا الضرر ، وفقاً لقواعد المسؤولية في القانون
المدني ، أو التزامه بضمان هذه الأضرار في الفقه الإسلامي .

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

الأول : التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية في القانون المدني .

الثاني : الضمان في الفقه الإسلامي .

الثالث : مقارنة بين التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية في القانون المدني والضمان

في الفقه الإسلامي .

وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية

٢١٩ - تمهيد :

قد لا يكفي إبطال العقد لتعويض المشتري عما أصابه من ضرر نتيجة لعدم تحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع عند إبرام العقد ، خاصة إذا كان السبب الذي حال دون المشتري وعلمه الكافي بالمبيع هو إخلال البائع بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات ومواصفات المبيع ، وفي هذه الحالة يذهب الفقه والقضاء إلى تقرير الحق للمشتري في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، متى توافرت أركانها .

إلا أن ثمة خلافاً في الرأي قد ظهر على المستويين الفقهي والقضائي حول الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية ، وما إذا كانت عقدية أم تقصيرية. ولذلك سنتعرض لبيان طبيعة المسؤولية في هذه الحالة ، والأركان اللازم توافرها لتحقيقها ، والأثر الذي يترتب على تحققها ، وهو ثبوت الحق للمشتري في التعويض .

وذلك على النحو التالي :

٢٢٠ - أولاً ، طبيعة المسؤولية . la nature de la responsabilité

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للبائع المترتبة على إخلاله بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات ومواصفات المبيع ، وذلك على رأيين :

الرأي الأول :

يذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأن مسؤولية البائع عن إخلاله

بالتزامه بالإعلام ، هي مسؤولية عقدية *une responsabilité contractuelle*^(١) ، لأن التزام البائع بإعلام المشتري ببيانات وأوصاف المبيع ، هو التزام عقدي ، ويعتبر الإخلال به خطأ عقدياً ، يثير المسؤولية العقدية على علقى مرتكبه ، بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر ولو كان واقعاً عند تكوين العقد ، وتستند المسؤولية العقدية عن الإخلال بهذا الالتزام إما إلى عقد البيع ذاته ، وفقاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ، والتي نادى بها الفقيه الألماني أهرنج *IHERING* ، حيث يرى أن الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد ، سواء حال دون انعقاده ، أم أدى إلى بطلانه ، يعتبر خطأً عقدياً *une faute Contractuelle* يرتب المسؤولية العقدية^(٢) ، وإما إلى وجود اتفاق ضمني بالضمان *une convention tacite de garantie* ، يتعهد بمقتضاه كل عاقد للآخر بضمان صحة التصرف ، وعدم مبالغة ما يعوق إبرام العقد أو يؤدي إلى بطلانه^(٣) . وإما إلى اعتبارات العدالة والتي تقتضي إدخال الالتزام بالإعلام في دائرة التعاقد ، لكونه من مستلزمات البيوع الحديثة ، وخاصة الالتزام ببيان طريقة استخدام المبيع والتحذير من خطورته ، لأن العقد لا

(1) V. par ex ; en France :

(Jérôme) HUET , responsabilité contractuelle et responsabilité Delictuelle , thèse précitée , nos 282 et 284 pp 268 et 269 , et les principaux contrats speciaux , op . cit . , n° 11272 , p. 219 .

(B) GROSS et (ph) B(HR , op cit , p 256 ,

ph . MALAURIE et L. AYNÈS op . cit T . v111 , n° 314 , p . 215 ., cass 4 com , 25 Juin , 1980 bull civ , 1 n° 40 , pp . 36 et 37 .

وانظر لي الفقه المصري :

د/ لروت فحي إسماعيل المسؤولية المدنية للبائع للمنفق . الرسالة السابقة ص ٣٧٨ ، د/ جابر محبوب على ، ضمان سلامة المستهلك للرجع السابق فـ ٢٥٦ ص ٢٥٥ ، فـ ٢٦٢ ص ٢٦٠ .

(2) *IHERING* , *Oeuvres choisies* , t. 2 , traduction Meulennere , 1893 , n° 3 p 8 .

د/ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية للرجع السابق جـ ١ فـ ٢٨ و ٢٩ ص ١١٩ وما

يملها .

(3) (B) SALEILLES , la responsabilité précontractuelle R.T. D. civ 1907 , p . 697 .

يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستزماته ، وفقاً للفتاوى والعرف والعدالة (المادة ٢/١٤٨ مدنى مصرى) ، ومن ثم يعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً عقدياً ، يترتب على الإخلال به المسؤولية العقدية^(١) .

وواضح أن هذا الاتجاه يقوم على افتراض محض ، حيث يسند الالتزام إلى العقد الذى لم ينشأ بعد ، ويفترض وجود اتفاق ضمنى بالضمان بين العاقدين ، يوجب عليهما عدم إعاقه إبرام العقد ، أو ممارسة ما يؤدى إلى بطلانه . مع أن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى هذا الالتزام أصلاً ، وهو ما يجعل هذا الرأى بعيداً عن الواقعية .
الرأى الثالث : يذهب إلى القول بأن مسؤولية البائع المترتبة على إخلاسه بالالتزام بإعلام المشتري - وقت التعاقد - ببيانات ومواصفات المبيع هى مسؤولية تقصيرية *une responsabilité delictuelle*^(٢) .

ونذلك لأن الإخلال بالالتزام بالإعلام يقع قبل ووقت التعاقد ، فهو خطأ سابق على التعاقد ، والخطأ السابق على التعاقد والذى يؤدى إلى بطلان العقد تترتب عليه المسؤولية التقصيرية ، التى تستوجب التعويض

^(١) cass civ , 4 octobre 1977 , caz . pal , 1987 . I p . 262 .

د/ جابر محجوب على المرجع السابق فـ ٢٥٧ صـ ٢٥٦ .

^(٢) V. en ce sens : (Yves) BOYER , thèse précitée n° 302 p 42 ,

Jean ALISSE , thèse précitée , n° 214 p 191 ,

Jean REVEL , thèse précitée , p 343 et S .

(J) Ghestin , les obligations le contrat Formation , op cit . , n° 476 , p 526 . (Michel) de Juglart , article précitée , n° 37 et 49 , p . 17 et 22 . , OVERSTAKE , article précité n 86 . cass 2 civ , 8 mai 1979 , bull civ , 11 , n° 127 , pp . 102 et 103 .

وانظر في الفقه المصرى :

د/ نزيه محمد الصادق المهدي . المرجع السابق صـ ٣١٧ ، د/ محمد شكرى سرور مسؤولية المنتج عن الأضرار

التي تسببها منتجاً الخطرة ، المرجع السابق فـ ١٤ صـ ٢٥ ، د/ حسن عبد الباسط جيمى شروط

التعقيب والإعفاء من ضمان العيوب الخفية المرجع السابق فـ ٢٥١ صـ ١٩٣ ، والحماية الخاصة لرضا

المستهلك البحث السابق فـ ٣٩ صـ ٢٧٦ ، د/ خالد جمال أحمد حسن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ،

الرسالة السابقة صـ ٤٧٥ .

كأثر من الأثر العرضية الناتجة عن العقد البطل بوصفه واقعة مادية ، لا بوصفه عقداً ، وهو ما يستدعى إثبات كافة عناصر المسؤولية التقصيرية^(١) ، حيث أكد القضاء المصرى والفرنسى على قيام المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء السابقة على التعاقد^(٢) .

ومن ثم يثبت للمشتري الحق في التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام وقت التعاقد ، على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية وفقاً لنص المادة (١٦٣) منى مصرى ، والمادة (١٣٨٢) منى فرنسى ، إذا توافرت شروطها .

ومن جاقبى لأيدى الرأى القائل بأن الإخلال بالتزام بالإعلام يرتب المسؤولية التقصيرية وذلك لأنه التزم قانونى يجب تنفيذه قبل ووقت التعاقد وفقاً لنص المادة (٤١٩) منى مصرى ، ويعتبر الإخلال به خطأ تقصيراً ، فإذا نتج عن ذلك ضرر أصاب المشتري ، فإن البائع يلتزم بتعويضه .

وإذا كان الغالب أن الإخلال بالتزام بالإعلام يكتشف بعد إبرام العقد ، فإن لجوء المشتري إلى رفع دعوى المسؤولية العقدية ضد البائع إنما يكون لما توافر له من صفة للمتعاقد بعد إبرام العقد ، وليس لكون الالتزام بالإعلام التزاماً عقدياً .

(١) (Joanna) SCHMIDT , la sanction de la Faute précontractuelle , R.T.D . civ , 1974 n° 7 p 51

J.GHESTIN les obligations : op. cit ., n° 476 , p. 526 .

د/ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط مصادر الالتزام جـ ١ ص ٦٧٨ ، د/ عبد الوود يحيى مصادر الالتزام المرجع السابق لـ ١٤١ ص ٢٢٤ ، د/ جميل الشرقاوى ، مصادر الالتزام المرجع السابق لـ ٥٦ ص ٢٨٩ ، ٢٨٨ ، وبطلان التصرف القانون ، الرسالة السابقة ص ٣٧٦ ط ١٩٩٣ م ، د/ محمود جلال الدين زكى مشكلات المسؤولية المدنية جـ ١ لـ ٣٠ ص ١٣٧ ، د/ نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ص ٢٠٧ .

(٢) نقض مدنى مصرى ٩ فبراير ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ص ١٨ ق ، رقم ٥١ ص ٣٣ .

cass 4 com , 20 mars , 1972 , bull civ 1 V , n° 93 , p. 90 . J.C.P. , 1972 II , 17543 , note schmidt , R.T.D. civ , 1972 n° 1 p 779 , obs Durry .

cass com , 21 octobre 1970 . J.C.p. , 1971 , II , 16798 , R.T.D. com , 1972 , n 18 , p. 156 . obs , (Jean) HÉMARDE .

٢٢١ - ثانياً ، أركان المسؤولية .

لكي يتمكن المشتري من الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، فإنه يتعين عليه إثبات توافر أركان المسؤولية التقصيرية .

وتتمثل أركان المسؤولية التقصيرية وفقاً لنص المادة (١٦٣) مدنى مصرى والمادة (١٣٨٢) مدنى فرنسى ، في ثلاثة أركان وهى : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

٢٢٢ - الركن الأول ، الخطأ la Faute .

يعرف الخطأ بأنه : الإخلال بواجب قانونى من شخص مميز ، هذا الواجب القانونى هو دائماً لل التزام ببذل عناية^(١) . وعلى ذلك فإن إخلال البائع بالتزامه بالإعلام يعتبر خطأ ، لكونه يمثل إخلالاً بالواجب الذى فرضه القانون على عاتقه ببذل العناية اللازمة لإعلام المشتري بحقيقة المبيع إذا لم يتمكن المشتري من التعرف عليه بوسقله الخاصة .

وخطأ البائع المتمثل في إخلاله بالالتزام بالإعلام ، قد يتخذ طابعاً سلبياً أو طابعاً إيجابياً ، وفى كلتا الحالتين قد يكون إخلالاً كلياً ، أو إخلالاً جزئياً .

- الطابع السلبى لخطأ البائع : le caractère négatif de la Faute de Vendeur ، يتحقق عندما يكتم البائع عن المشتري البيانات والمعلومات الخاصة بالمبيع رغم علمه بها ، ويمدى أهميتها بالنسبة للمشتري لما لها من تأثير على قراره بالإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه ، في حين أن المشتري يجهل حقيقة الشيء الذى يقدم على شراؤه ولا يمكنه التعرف عليه بوسقله الخاصة ، ويستوى أن يكون كتمان البائع

(١) د/ عبد الودود عيسى مصادر الالتزام المرجع السابق ص ١٤٥ - ٢٣١ .

لهذه المعلومات عن المشتري ، كتماناً كلياً *une réticence totale* كل من يكتم البائع عن المشتري جميع البيانات الخاصة بالمبيع ، والتي تنطبق بوضعه القانوني أو حالته المادية أو طريقة استعمله ، أو الاحتياطات الواجب مراعاتها لتجنب أضراره ، في حين يستحيل على المشتري العلم بهذه البيانات استحالة مادية *une impossibilité objective* لكون الشيء في حيازة البائع قبل العقد ، أو استحالة شخصية *une impossibilité subjective* لكون المشتري مستهلكاً عادياً قليل الخبرة والدراية ، أو أن يكون كتمان البائع للمعلومات والبيانات كتماناً جزئياً *une réticence partielle* ، كل من يكتم البائع عن المشتري بعض البيانات التي تتعلق بعيوب المبيع أو خطورته ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن : " كتمان أو إخفاء البائع عن المشتري واقعة سبق اصطدام السيارة بالمباعة يعد خطأ يستوجب مسئوليته ، وأنه لا يقلل من شأن هذا الخطأ الصادر عنه قيامه قبل العقد بإصلاح السيارة بطريقة مرضية ، وبصورة تامة تجطها غير معيبة^(١) "

الطابع الإيجابي لخطأ البائع . *le caractère positif de la Faute de Vendeur* ، يتخذ صوراً متعددة ، منها : كذب البائع في البيانات والمعلومات الجوهرية الخاصة بالمبيع عن طريق تقديم معلومات كاذبة *informations mensongères* إلى المشتري عن مواصفات وخصائص السلعة المباعة تُظهر السلعة على غير حقيقتها ، أو اتخاذ وسائل احتيالية ، *moyens frauduleux* ، أو القيام بأعمال مادية لخداع المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد^(٢) .

^(١) cass crim 22 janvier 1958 , J.c.p. 1958 , II , 10572 .

^(٢) د/ خالد جمال أحمد حسن الانترام بالإعلام قبل التعاقد ، الرسالة السابقة ص ٤٧٩ .

وتطبيقاً لذلك ، قضت الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بمسئولية تجر سيرات بسبب تلاعبه بعدد مبرعة المبرلة بمسوء نية بقصد إيقاع المشتري في القلط على الرغم من أن المشتري كان يعمل في نفس مهنة البائع ، وذلك على أساس أن مثل هذا التصرف الصادر من هذا البائع سيؤثر في النية يجعل جهل المشتري بالمطومة المتصلة بعدد الكيلو مترات التي قطعها المبرلة جهلاً مشروعاً حتى وإن كان مهنياً ، وبالتالي فإن تصرف البائع من شأنه أن يوجب المسئولية على عاتقه^(١).

ويقع على عاتق المشتري المتضرر من إخلال البائع بالتزامه بالإعلام عبء إثبات خطأ البائع ، عن طريق إثبات عدم قيام البائع بالإدلاء ببيانات المبيع كلية أو الإدلاء ببيانات عنه غير كافية ، أو بمعلومات غير صحيحة رغم علم البائع ببيانات ومواصفات المبيع وبمدي تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد ، أو إثبات أن البائع كان من المفروض عليه أن يعلم بهذه البيانات ، لو أنه بذل غاية الشخص العادي في الاستعلام عنها وإعلام المشتري بها ، وهو المعيار الموضوعي الذي استقر عليه الفقه بشأن الخطأ التقصيري^(٢) . وللمشتري إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن .

٢٢٣ - الركن الثاني : الضرر le préjudice .

الضرر : هو الأذى الذي يلحق بالمضرور نتيجة خطأ الغير ، وقد يكون مادياً يلحق بالمضرور في جسمه أو ماله ، وقد يكون أدبياً يلحقه في سمعته أو شعوره وعاطفته ، ويشترط في الضرر أن يكون محققاً^(٣) . ويشير ركن الضرر صعوبة كبيرة في حالة الإخلال بالتزام بالإعلام ، لأن

^(١) case Ter civ , 24 novembre 1976 , bull civ 1976 , 1, n° 370 , p. 291 .

^(٢) د/ جيل الشراوى مصادر الالتزام فـ ١٠٥ صـ ٥٠٩ ، د/ عبد الوود يحيى مصادر الالتزام فـ ١٤٦ صـ ٢٢٣ ، د/ نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المرجع السابق صـ ٣١٦ .

^(٣) د/ جيل الشراوى ، المرجع السابق فـ ١٠٧ صـ ٥٢٣ و٥٢٢ .

د/ عبد الوود يحيى المرجع السابق فـ ١٥٦ و١٥٧ صـ ٢٥١ .

الدائن قد يتخذه وسيلة أو ذريعة لتعويض النقص المادي الذي لم يحصل عليه من العقد ، رغم أن رضائه بالعقد كان حراً ومستثيراً^(١) ولذلك يقع على علق الدائن (المشتري) عبء إثبات الضرر المحقق الذي أصابه ، بسبب إخلال المدين (البائع) بالتزامه بالإعلام^(٢) .

والضرر الذي يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالإعلام يتخذ صوراً مختلفة ، فقد يمثل الضرر في فقدان المشتري لبعض التأمينات العينية والشخصية المقررة لمصلحة الشيء محل العقد نتيجة لعدم إدلاء المدين له بها^(٣) ، وقد يمثل الضرر في كون الإخلال بالالتزام بالإعلام يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد أو عدم إبرامه ، وما ينتج عنه من ضرر إيجابي أو سلبي يلحق المشتري (ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب) وهذا الضرر قد يكون مادياً يلحق المشتري في ماله ، وقد يكون أدبياً يلحق المشتري في سمعته . ومثاله : أن يكون المشتري متعهد توريد أغذية إلى بعض المدارس أو المستشفيات ، وترتب على بطلان العقد ، عدم وفائه بتعهداته ، إذ يلحقه في هذه الحالة ضرر مادي مالي ، كما قد يلحقه ضرر أدبي ، لأن عدم وفائه بتعهداته يؤثر على سمعته التجارية وقد يؤدي إلى إحجام عملائه عن التعامل معه ، وقد يلحق المشتري ضرر جسدي بسبب استعمال الشيء الخطر ، والذي لم يُعلمه البائع بخطورته وبلاحتياجات الواجب مراعاتها لتجنب أضراره .

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمشتري ، بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ضرراً محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً ، أما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع ، فإن التعويض عنه لا

^(١) (Jean) ALISSE , thèse précitée , n° 218 , p. 194 .

د/ تزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص ٣١٩ ،

د/ خالد جمال أحمد حسن ، الرسالة السابقة ص ٢٨٤

^(٢) (Jean) ALISSE , thèse précitée n° 219 , p. 194 .

Yves Boyer , thèse précitée , n° 302 p 411 .

يستحق^(١) ، حتى ولو ثبت خطأ البائع وتقصيره في تنفيذه لالتزامه بالإعلام في مواجهة المشتري ، وتطبيقاً لذلك قضت الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية برفض دعوى التعويض التي رفعها المشتري ضد البائع والموثق ، على أساس أنه وإن كان ثبت فعلاً عدم قيام البائع والموثق بإعلام المشتري عن وجود رهن على العقار المباع ، إلا أن الضرر الذي لحق بالمشتري والمتمثل في التزامه بسداد ديون الدائنين المرتهنين لم يكن ضرراً محققاً ، إذ لم يحدث للمشتري ضرر فعلي نظراً لأنه قد ثبت للمحكمة أن المشتري لم يدفع للبائع أصلاً إلا جزءاً فقط من ثمن العقار المبيع ، وأنه قام بسداد الدائنين المرتهنين من الباقي من ثمن العقار ، وبالتالي فبأنه على الرغم من إخلال البائع والموثق بالتزامهما بإعلام المشتري عن رهن العقار ، إلا أنه لم يلحق بالمشتري أى ضرر من جراء ذلك ، لأنه قد قام بوفاء حقوق الدائنين المرتهنيين كلها من الجزء المتبقى فقط من ثمن العقار^(٢) .

٢٢٤ - الركن الثالث : وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر .

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يرتكب البائع خطأ متمثلاً في إخلاله بالتزامه بالإعلام ، وأن يلحق المشتري ضرر ، بل يجب أن يكون خطأ البائع هو السبب في الضرر الذي أصاب المشتري ، وهذه هي علاقة السببية التي تعتبر الركن الثالث من أركان المسؤولية التقصيرية وفقاً لنص المادة (١٦٣) مدنى مصرى والمادة (١٣٨٢) مدنى فرنسى ، إذ أن القاتون المدنى لا يتدخل لمجازاة الخطأ ، إلا إذا كان هذا الخطأ هو الذى سبب الضرر ، بحيث يفترض أن بينهما رابطة سببية^(٣) .

^(١) قضى ملقن مصرى ١٣ مايو ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض الصادرة من المكب القى ، السنة ١٦ ق ، ص ٥٧٠ .

^(٢) cass 1er civ , 25 novembre , 1971 , bull civ , I , n° 296 , p 253 .

^(٣) (Jean) ALISSE , thèse précitée , n 220 , p . 195 .

فإذا كان المدين قد ارتكب خطأ بكتماته لبعض المعلومات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد ، دون أن يكون ذلك لكتمان سبباً في حدوث الضرر الذى لحق بالداائن ، فلا يكون ثمة مجال لرجوع الدائن على مدينه بالتعويض لانتفاء علاقة السببية بين خطأ المدين وضرر الدائن^(١) ، ويقع على عاتق المشتري الذى يتضرر من إخلال البائع بالتزامه بالإعلام عبء إثبات خطأ البائع ، وإثبات الضرر الذى لحقه بسبب هذا الخطأ ، فضلاً عن ضرورة إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، حتى يستطيع مطالبة البائع بالتعويض الذى يجبر الضرر الذى أصابه ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية وللمشتري إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات .

٢٢٥ - ثالثاً : التعويض كائن للمسؤولية المدنية من إخلال البائع بالتزامه بالإعلام .

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية التقصيرية على النحو السابق بيانه ثبت للمشتري الحق في التعويض عن الضرر الذى أصابه ، بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، وبذلك يستطيع المشتري أن يجمع بين دعوى البطلان *l' action en nullité* ، لعدم تحقق العلم الكافى لديه بحقيقة المبيع ، وفقاً لنص المادة ١٩٩/٢ من نسي مصرى ، ودعوى التعويض *L' action en dommages intérêts* ، إذا أصابه ضرر محقق بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، وخاصة إذا كان هذا الإخلال متمثلاً في كتمان بعض البيانات الهامة عن المشتري بقصد غشه والتكليس عليه في حقيقة المبيع ، مما يعد عملاً غير مشروع ، فإذا استطاع المشتري إثبات ذلك ، ثبت له الحق في التعويض بالإضافة إلى حقه في طلب الإبطال .

^(١) (muriel) Fabre - magnan , thèse précitée n° 298 p. 475 .

ويرجع جانب من الفقه الفرنسى إمكانية الجمع بين دعوى الإبطال ودعوى التعويض ، إلى أن بطلان العقد جزاء غير كافى لردع الخطأ الصادر من المدين ، أو لتعويض الضرر الذى لحق الدائن^(١) ، فالتعويض فى هذه الحالة يعد بمثابة " جزاء تكميلى يقوى بطلان العقد " ^(٢) . بينما يرجع جانب من الفقه المصرى إمكانية الجمع بين دعوى البطلان ودعوى التعويض ، إلى كون البطلان جزاء يطبق على التصرف القانونى نفسه نتيجة تعيبه ومخالفته للشروط القانونية ، بينما التعويض جزاء يلحق الأشخاص نتيجة الخطأ الصادر منهم ، الأمر الذى يبرر الجمع بين الجزائين معاً^(٣) .

وقد أيد القضاء المصرى الجمع بين الجزائين ، حيث : أجازت محكمة النقض المصرية " الحكم بالتعويض ، مع القضاء ببطلان العقد إذا ترتب عليه أضرار بأحد المتعاقدين ، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد ، بل باعتباره واقعة مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر ، الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال^(٤) .

وكما يجوز للمشتري أن يجمع بين دعوى البطلان لعدم تحقق العلم الكافى بالمبيع ، ودعوى التعويض للضرر الذى أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، فإنه يجوز له كذلك أن يبقى على العقد ويحتفظ بالمبيع لأسباب خاصة به ، ويقتصر على طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم إضفاء البائع له بالبيانات و المواصفات الخاصة بالمبيع^(٥) .

(١) (Michel) de juglart , article précité , p . 22 ., (jean) ALISSE , thèse précitée , n° 221 , p . 196 .

(٢) (Jean)ALISSE , Ibid , n° 221 , p . 196 .

(٣) د/ جميل الشراوى مصادر الالتزام فـ ٥٠ ص ٢٣٥ ،

د/ نزيه محمد الصادق للهدى للرجع السابق ص ٣٢٣ .

(٤) نقض مدعى مصرى ٢ يولى ١٩٧٠م ، مجموعة أحكام النقض السنة الحادية والعشرون العدد الثانى أبريل

١٩٧٠م ، طعن رقم ١٣٤ لسنة ٣٦ ق ، رقم ١٥٤ ص ٩٦١-٩٦٢ .

(٥) د/ نزيه محمد الصادق للهدى ، للرجع السابق ص ٣٣٠ .

ويقع على المشتري عبء إثبات وجود الضرر للمحقق الذي أصابه ، حتى يتمكن من الحصول على التعويض وذلك بخلاف البطلان حيث يستطيع المشتري المطالبة به عند عدم تحقق علمه الكافي بالمبيع ، حتى ولو لم يلحقه أى ضرر ، ويرجع ذلك إلى أن البطلان هو جزاء تعيب التصرف القانوني ، أى وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيناً لصدوره مخالفاً لقاعدة قانونية^(١) ، ومن ثم لا يشترط وقوع الضرر أو إثباته للحكم به ، بل هو في حقيقة الأمر يقصد به منع إصابة المتعاقد بضرر نتيجة لتفويضه عقداً تعينت إرادته عقد إبرامه^(٢) .

(١) د/ جميل الشرفاوى ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، الرسالة السابقة ، ف ٥٢ ص ١٣٩ ، ط ١٩٩٣ م

دار النهضة العربية .

(٢) د/ نزيه محمد الصادق للهدى ، المرجع السابق ص ٣٣ .

المطلب الثاني الضمان في الفقه الإسلام

٣٦٦ - تمهيد :

رأينا أنه إذا لم ير المشتري المبيع ، ولم يعلم بحقيقته وقت التعاقد ثبت له الحق في خيار الزوئية بين إمضاء العقد أو فسخه ، وإذا كان البائع يعلم بحقيقة المبيع وما به من عيوب وكتمها عن المشتري ولم يعلم بها قبل أو وقت التعاقد ، ثبت للمشتري الحق في الخيار بسبب عدم إعلام البائع له بالعيوب ، فإذا استعمل المشتري حقه في الخيار وقام بفسخ العقد، ورد المبيع إلى البائع ، وكان قد أصاب المشتري ضرراً من المبيع بسبب عدم إعلام البائع له بعيوبه ومواصفاته ، فإن فسخ البيع ورد المبيع إلى البائع لا ينفي الضرر الذي أصاب المشتري ، ومن ثم فلا يمنع من مطالبة البائع بالتعويض عن هذا الضرر^(١) .

ويعالج فقهاء الشريعة الإسلامية الالتزام بالتعويض عن الضرر ، تحسنت مسمى (الضمان)^(٢) ، فكلما " الضمان " في الفقه الإسلامى أقرب ما يؤدي إلى المعنى الذي يقصده الفقه القاتوني من عبارة " للتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية " ^(٣) .

^(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة الرابعة ، المجلد الرابع عشر ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م - ٢٠٩ .

"ماتل في الفقه " .

^(٢) د/ محمد فاروق بدرى المكام ، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامى ٩ رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق

جامعة القاهرة ط١٩٧٧ م ، د/ أسامة محمد حسن العبد ، نظرية الاستهلاك في الفقه الإسلامى والقانون

الوضعى ١٠٢ ، ١٢٨ رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ط١٩٨٥ ، د/ محمود

خيامى حسن أبو زيد المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية ط١٩٨٤ ، كلية الشريعة والقانون جامعة

الأزهر ط١٩٨٨ م .

^(٣) د / محمد فاروق بدرى المكام ، الرسالة السابقة ص١٧ .

وهذا ما نتناول بيانه فيما يلي :

٢٢٧ - أولاً ، تعريف الضمان .

الضمان في اللغة: يطلق الضمان في اللغة على معان، منها : الالتزام يقال: ضمانت الشيء فلاناً ضامن أى التزمته ، وضمنتُ الشيء أى التزمته إياه .

جاء في لسان العرب : ضمن الشيء ضماناً ، كفل به فهو ضامن وضمين . وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عنى ، مثل غرمنه ، وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمانته إياه^(١) ، وفي المصباح المنير : ضمانت المال، وضمنت بالمال ضماناً ، فلاناً ضامن ، وضمنته التزمته ، ويتعدى إلى مفعول ثانٍ بالتضعيف ، ضمانته المال : التزمته إياه^(٢) .

الضمان في اصطلاح الفقهاء .

استعمل فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة الضمان في معنيين ، الأول : فى معنى الكفالة ، أى ضم نمة إلى أخرى فى المطالبة ، والثانى : فى معنى الالتزام بتعويض الغير عن ضرر أصابه^(٣) .

وساقطصر على بيان المعنى الثانى للضمان ، (أى الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض) ، والذى يهدف إلى جبر الضرر وإزالته .

٢٢٨ - ثانياً ، مفهوم الضمان بمعنى التعويض .

أطلق بعض الفقهاء لفظ الضمان وقصد منه معنى التعويض ، ويتضح ذلك من تعريفهم للضمان .

فقد عرفه الإمام الشوكلى بقوله : الضمان عبارة عن غرامة التلألف^(٤) وعرفه الإمام الغزالى بقوله : الضمان هو وجوب رد الشيء أو بدله بالممثل أو القيمة^(٥) .

(١) لسان العرب مادة ضمن جـ ص، ٢٦١ .

(٢) المصباح المنير مادة ضمن جـ ص ٣٦٤ .

(٣) د/ محمد فاروق بصرى المكام ، الرسالة السابقة ص ٥ .

(٤) ريل الأوطار للشوكانى جـ ص ٢٥٣ و ٢٧٤ ط ، مصطفى الباي الحلى ١٣٤٧ هـ .

(٥) الوجيز لى ملأب الإمام الشافعى ، للإمام أبى حامد الغزالى جـ ١ ص ٢٠٨ ، ط مطبعة الآداب ١٣١٧ هـ .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية الضمان بأنه : إعطاء مثل الشيء إن كان من المتليات وقيّمته إن كان من القيميات^(١) .

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بقوله : الضمان هو التزام بتعويض مالى عن ضرر للغير^(٢) . فهذه التعريفات للضمان تدور حول معنى الالتزام بتعويض الضرر الذى أصاب الغير ، بالمثل أو القيمة ، وبذلك يعرف الفقه الإسلامى فكرة التعويض عن الضرر المادى اللاحق بالأخرين في أنفسهم أو أموالهم ، إذ أن من القواعد المقررة في الفقه الإسلامى أن " الضرر يزال"^(٣) ، وأساس ذلك الحديث للنبي الشريف : " لا ضرر ولا ضرار"^(٤) .

وإزالة الضرر الواقع على النفس عمداً ، لا يكون إلا بالمثل قصاصاً والضرر الواقع على النفس خطأ يزال بدفع الدية من المال أما إزالة الضرر الواقع على المال فإنه يتحقق بالتعويض لما فيه من جبر للضرر ورد لمالية المعتدى عليه كما كتبت قبل الإعتداء ، فإن الجوابير مشروعة لاستدراك المصالح الفالقة^(٥) .

ومن ثم فإن التعويض عن الضرر يشمل الأضرار الواقعة على النفس كالديون والأرض ، ويشمل الأضرار المالية ، كضمان العقود مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية ، أو غير العقود ، كالغصب والاستهلاكات ، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية^(٦) .

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٤١٦) .

(٢) د/ مصطفى أحمد الزرقاء المدخل الفقهى العام جـ ٢ ص ٦٤٨ - ١٠٣٢ ، ط دار الفكر ١٩٦٨ .

(٣) الأضياء والنظائر لابن نجيم ، القاعدة الخامسة ص ٨٥ ، الأضياء والنظائر للسيوطى ، القاعدة الرابعة

ص ٩٢ .

(٤) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٨٤ .

(٥) الفروق للقرائى جـ ١ ص ٢١٣ الفرق التاسع والثلاثون .

(٦) د/ أسامة محمد حسن العبد نظرية الاستهلاك في الفقه الإسلامى الرسالة السابقة ص ١٠٤ .

- ٢٢٩ - ثالثاً : حكمة مشروعية الضمان بمعنى التعويض ودليل المشروعية .
- ١ - حكمة المخرومية : شرع الضمان كوسيلة لحفظ أنفس الناس وأموالهم وصيانة حقوقهم ، بما يحققه من رفع للضرر ودرء للعدوان وجبر لما انتقص من الأموال ، وزجر للمعتدين ، وبذلك يامن الناس على أنفسهم وأموالهم .
- ٢ - دليل المخرومية : يستدل للضمان بمعنى التعويض ، بقول الله تبارك وتعالى : (وداود وسليمان إذا يحكمان في الحرب إذ نفشت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلاً آتينا حكماً وعلماً) ^(١) .
- وجه الدلالة : ندل الآية الكريمة على وجوب التضمين في الأموال عند إتلافها بقصد ، أو بغير قصد ، فقد قال الإمام الخطيب الشربيني في تفسيره للآية : وحكمه في شرعنا عند الشافعي وجوب ضمان المتلف بالليل ، إذ المعتاد ضبط الدواب ليلاً ^(٢) . وقال الإمام ابن العربي : لا إشكال فسي أن من ألتف شيئاً فعليه ضمانه ^(٣) .
- ومن السنة النبوية الشريفة . ما رواه أنس رضي الله عنه قال : أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " تعلم بطعام وإتاء بقاء " ^(٤) .
- وجه الدلالة : يدل الحديث الشريف على أن من ألتف على غيره شيئاً ، كان عليه ضمانه .

^(١) سورة الأنبياء ، الآية رقم (٧٨ ، ٧٩) .

^(٢) تفسير القرآن الكريم المسمى بالسراج المنير ، للإمام الخطيب الشربيني ، المجلد الثاني ص ٥١٥ ، ط ١ . دار المعرفة بيروت لبنان .

^(٣) أحكام القرآن لابن العربي ج ٣ ص ١٢٦٨ .

^(٤) رواه البخاري انظر صحيح البخاري ، يشرح فتح الباري ج ٥ ص ١٤٨ .

٢٣٠ - راجعاً : موجبات التضمين وأسبابه .

تتعدد أسباب التضمين وموجباته ، ومن أبرز هذه الأسباب : العقد ، والفعل غير المشروع كالغصب والإتلاف .

١ - ضمان العقد : يكون العقد سبباً للضمان عند عدم تنفيذ المتعاقد لما تعاقده عليه والتزم به في العقد^(١) . وضمان العقد هو الالتزام بالتعويض عن عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به في العقد ، فهو أثر لالتزام عقدي قائم^(٢) . والالتزام العقدي قد يكون التزاماً تقتضيه طبيعة العقد وقد يكون ناشئاً من شرط منصوص عليه صراحة في العقد ، أو من شرط مدلول عليه بالعرف^(٣) . فعقد البيع مثلاً يقتضي تسليم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع ، وسلامة المبيع والثمن من العيوب ، كما يقتضي عدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه ، فإذا لم يوف أحد العاقلين بالالتزام من هذه الالتزامات ، كان ضامناً ضمان عقد . وأساس ذلك قول الله تبارك وتعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)^(٤) ، حيث تدل الآية الكريمة على إلزام المتعاقدين بالوفاء بما تعاقده عليه والتزم به في العقد ، وإلا كان ضامناً .

ويشترط صحة العقد لقيام ضمان العقد ، وإلا ترتبت أحكام ضمان الفعل ، فقد صرح العلامة ابن رجب بأن عقد البيع للفساد لا يعتبر منعقداً ويترتب عليه أحكام الغصب^(٥) .

(١) د/ أسامة محمد حسن العبد ، نظرية الاستهلاك ، الرسالة السابقة ص ١٠٨، ١٠٧ .

(٢) د/ محمد فاروق بديري المكام ، الفعل الموجب للضمان الرسالة السابقة ص ٥٢ و ٥٣ .

(٣) الشيخ علي الحقيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الأول ص ١٧، ١٦ ، ط ١ ، ١٩٧١ م ، الطبعة الثانية الحديثة .

(٤) سورة المائدة الآية رقم (١) .

(٥) القواعد لابن رجب الحنبلي ، القاعدة رقم (٤٦) .

٢ — ضمان الفعل : هو الالتزام بالتعويض عن ضرر سببه فعل غير مشروع .
ومن ثم يعتبر الفعل غير المشروع مصدرًا للضمان في مقابل العقد^(١) فهذا
الضمان ليس أثرًا للعقد ، بل هو أثر لفعل غير مشروع ارتكبه شخص
وتسبب به في إلحاق الضرر بغيره ويعد الفعل غير مشروع إذا كان
مخالفًا لحكم الشرع أمراً أو نهياً ، حيث يراد بعدم المشروعية لدى علماء
الشريعة الإسلامية ، مواجهة خطاب الشارع بالمخالفة^(٢) .
ومخالفة خطاب الشارع وما يترتب عليها من عدم المشروعية ، توجد في
حالتين . الأولى : الخروج عما يقتضيه الشرع من القيام بفعل أو الامتناع
عن فعل ، أي التعدى في الفعل . والثانية : الأخذ بما شرع من الأفعال ،
في غير ما شرع له . وفي هذا يقول الإمام الشاطبي : " وإذا كان التسبب
غير المشروع أصلاً لا يصح ، فكذلك ما شرع إذا أخذ لما لم يشرع له"^(٣) .
والفعل غير المشروع لمخالفة خطاب الشارع ، يوجد في أحوال عديدة
منها : التعدى والقصب والإتلاف والاستهلاك والتفويت والتعيب والتغيير ،
والحيلولة بين المال وصاحبه ، ووضع اليد من غير المالك ، والمباشرة
والتسبب ، والتصرف في الملك على نحو يلحق بالجار ضرراً فاحشاً ،
وبعض أنواع الجنایات التي تستوجب حداً وضماناً . ويحدث يشمل ضمان
الفعل في الفقه الإسلامي ، كل فعل محظور يقع على المال أو على النفس
وما دونها^(٤) .

(١) د/ محمد لاروق بدرى المكام ، الرسالة السابقة ص ٣٤ .

(٢) المواقف في أصول الأحكام للشاطبي ج ١ ص ١٩٩ ، مطبعة محمد على صبيح ، بتحقيق محمد محي الدين
عبد الحميد .

(٣) المواقف للشاطبي ج ١ ص ١٩٧ .

(٤) د/ محمد لاروق بدرى المكام ، الفعل للوجوب للضمان الرسالة السابقة ص ٥٧ و ٦٠ .

محل الضمان : هو كل مضمون من نفس أو مال لأحق الله تعالى أو لحق الأدمي فيشمل ما كان مالا كالحَيوان والأشياء أو غير مال ، كالإنسان إذا وقعت عليه جنابة أو على عضو منه^(١) .

خاصاً : شروط وجوب التضمين وأركانها .

لكي يلتزم الشخص بالضمان ، فله يجب توافر شروط وأركان معينة وهي: الفعل الضار ، والضرر ، والإفشاء .

٣٣ - الركن الأول ، الفعل الضار .

لفظ الفعل في اللغة : يطلق ويراد به كل عمل متعد أو غير متعد^(٢) يقال فعل يفعل فعلاً وفعلاً ، فالاسم مكسور ، والمصدر مفتوح والاسم الفاعل ، والجمع الفعال ، والفعل فيه حركة الإنسان^(٣) .

أما لفظ الضار فهو ما كان ضد النافع ، والضرر ضد النفع وهو الاسم منه . أما اللفظ المركب (الفعل الضار) ، فيراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر ، سواء أكان ترتب عليه بطريق المباشرة ، أو ترتب عليه بطريق التسبب^(٤) .

والفعل الضار غير المشروع ، والذي يترتب عليه الضمان ينقسم إلى قسمين :

الأول : الفعل الضار المباشر .

المباشرة في اللغة : يقال باشر يباشر مباشرة ، ومباشرة الأمر أن تحضره بنفسك ، وتليه بنفسك ، ومنه باشر الرجل امرأته^(٥) .

^(١) الموسوعة الفقهية الجزء الثامن والعشرون ص ٢٢٨ ، د/ أسامة محمد حسن العبد ، نظرية الاستهلاك ، الرسالة السابقة فـ ١٢٢ ص ١١٦ ، ١١٧ .

^(٢) لسان العرب مادة ، فعل جـ ص ٣٤٣٨ .

^(٣) القاموس المحيط مادة فعل ص ١٣٤٨ باب اللام فصل الفاء ، لسان العرب جـ ص ٣٤٣٨ .

^(٤) الشيخ علي الخفيف ، التعمان في الفقه الإسلامي ص ٤٠ .

^(٥) لسان العرب مادة بشر جـ ١ ص ٢٨٧ .

وفى اصطلاح الفقهاء : عرفها الحنفية بأنها : إيصال الآلة بمحل التلف^(١) وعند المالكية : ما يقال حصل الهلاك به من غير توسط^(٢) ، وعند الشافعية المباشرة هي : ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح والضرب^(٣) . ونصت مجلة الأحكام العدلية على أن المباشرة هي : إتلاف الشيء بالذات ، والفاعل يقال له مباشر^(٤) .

وتفيد هذه التعريفات معنى واحد ، وهو أن الصلة بين الفعل والنتيجة الضررة تكون على سبيل المباشرة ، دون أن يتوسط بين فعل المباشر والضرر الواقع فعل آخر يمكن أن يضاف إليه .

حكم المباشرة : المباشرة هي الأصل في التضمن ، فقد جعل الفقهاء الضمان دائماً على المباشر ، وأطلقوا هذا الضمان فلم يقيدوه بأى قيد .

- الثاني : الفعل الضار بالتسبب .

التسبب في اللغة : هو كل شيء يتوصل به إلى غاية ، يقال جعلت فلان سبباً لى إلى فلان في حاجتى ، أى وصلة وذريعة ، قال الأزهري : وتسبب مال لى لى أخذ من هذا ، لأن المسبب عليه المال جعل سبباً لوصول المال إلى من وجب له من أهل لى^(٥) .

التسبب فى اصطلاح الفقهاء : يعرف عند الحنفية بأنه : الفعل فى محصل يفضى إلى تلف غيره عادة^(٦) ، وعند المالكية ما يحصل الهلاك عنده بطة

(١) بدائع الصنائع ج٩ ص٤٥٤ مطبعة الإمام .

(٢) الفروق للقرائ ج٤ ص٢٧ ط دار المعرفة بيروت - لبنان .

(٣) مفتى المحتاج ج٤ ص٦ ط دار الفكر .

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة (٨٨٧) .

(٥) لسان العرب ج٣ ص١٩١ .

(٦) بدائع الصنائع ج٩ ص٤٥٤ .

أخرى ، إذا كان التسبب هو المقضى لوقوع الفعل بتلك اللفة^(١) ، وعند الشافعية ، التسبب هو : ما يؤثر فيه ولا يحصله كالإمساك للقتل^(٢) .

ففى حالة التسبب نجد أن الصلة بين الفعل والنتيجة الضارة ليست على سبيل المباشرة ، بل يفضى الفعل الصادر من المتسبب إلى النتيجة الضارة بواسطة ، ولذلك فإن إخلال البائع بالتزامه بالإعلام عن طريق كتمان بعض البيئات الهامة عن المشتري ، أو تقديم معلومات وبيئات كاذبة أو خاطئة ، تتعلق بخطورة الشيء المبيع أو بأوصافه الأساسية ، أو طريقة استخدامه أو كيفية حفظه ، مما ترتب عليه إلحاق الضرر بالمشتري فى النفس أو المال ، نتيجة استعمال الشيء مع الجهل بحقيقته يترتب التزام البائع بالضمن باعتباره متسبباً فى الضرر .

حكم التسبب : القاعدة العامة فى التسبب هى : أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متدياً ، فإن لم يكن متدياً فلا ضمان عليه^(٣) . ولذلك يشترط لتضمين المتسبب توفر شرطين :

الأول : أن يكون المتسبب متدياً بفعله .

الثانى : أن لا يكون هناك ما يمنع من نسبة الضرر إليه .

ويقصد بالتدعى : مجاوزة الحد المأثور به شرعاً ، وهو قد يكون إيجاباً أو سلباً .

(١) الفروق للقرائ ج٢ ص ٢٧ .

(٢) قلوب وعبرة ج٣ ص ٢٨ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي .

(٣) رد المحتار ج٥ ص ٥٢٩ ، مجمع الضمانات فى مذهب أبى حنيفة النعمان ، للعلامة أبى محمد بن غانم بن محمد

البيضاوى ص ١٦٥ ، الطبعة الأولى للطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ .

التعدي الإيجابي : يعتبر التعدي إيجابياً ، إذا كان الفعل يعد مخالفة لما أمر الشارع بالامتناع عن إتيانه ، والكف عن مباشرته^(١) وبعبارة أخرى إذا كان الفعل يمثل مخالفة لواجب شرعي سلبى يقضى بالكف عن هذا الفعل . والتعدي السلبي أو التعدي بالترك ، هو ترك ما أمر الشارع بإتيانه والقيام به ، ويعتبر الترك عند المحققين من الفقهاء ، فعل من الأفعال الداخلة تحت الاختيار^(٢) . فقد ذهب العلامة ابن القيم إلى القول بأن : ترك الواجب إذا كان موجباً للتلف أوجب الضمان للفعل للمحرم^(٣) . والقاعدة العامة في الامتناع أو التقصير في الفقه الإسلامي ، من حيث وجوب الضمان على الممتنع هي : أنه إذا قصر الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع أو بالعقد فتلفت نفس أو مال وجب عليه ضمان ما تلف^(٤) .

وينطبق هذا على إخلال البائع بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات وأوصاف المبيع ، حيث يعد تعدياً منه يوجب عليه الضمان ، وسواء كان الإخلال إيجابياً بفعل المحرم ، أم سلبياً بترك الواجب . فالتعدي الإيجابي : يتحقق بكنب البائع في إخباره للمشتري بأوصاف المبيع ، أو تقديم بيانات عنه غير صحيحة ، مما يعد تفريراً وغشاً للمشتري ، يثبت له الحق في التعويض ، جبراً لما أصابه من ضرر^(٥) . والتعدي السلبي : يتحقق بكتمان البائع عن المشتري عيب المبيع ، أو أمر من الأمور يتعلق بالمبيع لو علمه المشتري لكرهه أو قلة رغبته فيه

(١) د/ محمد سلام مذكور ، فندخل للفقه الإسلامي ص ٧٢٩ .

(٢) المواقف للشاطبي ج ١ ص ٦٥ .

(٣) الطرق الحكيمة لابن القيم ص ١٢٩ ، دار الكتب العلمية بيروت .

(٤) د/ محمد سلام مذكور فندخل للفقه الإسلامي ص ٧٣٠ .

(٥) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة الرابعة العدد الرابع عشر ، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م

ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، والسنة السادسة ، العدد الحادى والعشرون ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م ، مسائل في الفقه

ص ٢٣٨ - ٢٤٠ .

أو أدى إلى نقصان الثمن ، كما لو كان الشوب المبيع مثلاً لميت أو مجنوم، أو كان ثوباً جيداً ولكنه نجس أو مفسول ، فكتمان هذا من الغش المحرم ، والشرعية الغراء أمرت بالنصح والبيان لا الغش والكتمان^(١). ولا يكفي لإلزام المتسبب بالضمان ، أن يثبت تعديه فحسب ، بل لابد من تحقق نسبة الضرر إليه ، ويتحقق نسبة الضرر إلى المتسبب ، إذا لم ينتصب مانع يحول دون ذلك^(٢) .

والأصل عند الفقهاء أنه إذا اجتمعت المباشرة والتسبب ، تقدمت المباشرة على التسبب ، وترجع جانب المباشر على المتسبب في الضمان^(٣) .

٣٣٢ - الركن الثاني : الضرر

الضرر في اللغة : الضرر اسم من الضر ضد النفع ، وضارته بالتشديد بمعنى ضره ، والمضرة خلاف المنفعة ، والضرر هو : النقصان يدخل في الشيء ، يقال دخل عليه ضرر في ماله ، والضرر أيضاً ما تضرر به صاحبه ويتنفع أنت به^(٤) .

الضرر في اصطلاح الفقهاء : يطلق الضرر في اصطلاح الفقهاء ، ويقصد منه إلحاق الأذى والمفسدة بالآخرين^(٥) .

ولذلك عرفه بعض الفقهاء بأنه : كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله ، أو يصيبه في جسمه من جراح وغير ذلك^(٦)

(١) كتابية الطالب الرباني وحاشية العلوي ج ٢ ص ١٣٨ و ١٣٩ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ٢٧٥-٢٧٧ .

(٢) د/ محمد فاروق بنوي المكام ، الرسالة السابقة ص ٢٥٥ .

(٣) مجمع الضمانات للبندادي ص ١٧٨ .

(٤) لسان العرب مادة ضرر ج ٤ ص ٢٥٧٣ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٦ .

(٦) الشيخ علي الحنيف الضمان في الفقه الإسلامي ص ٤٦ .

وعرقه آخر بقوله : هو الأذى الذى يصيب الشخص في نفسه أو ماله أو شرفه وسمعته^(١).

- أنواع الضرر :

الضرر قد يكون مادياً ، وقد يكون معنوياً .

الضرر المادي ،

هو ما يصيب الإنسان من أذى في جسمه أو ماله . والضرر الجسدى ، كالجراح التى تؤدى إلى تشويه في الجسد أو عجز عن العمل أو ضعف عن الكسب^(٢) . وهذا الضرر قد يكون كلياً ، يصيب النفس ، أو جزائياً يصيب ما دونها ، وهو يوجب الضمان إذا وقع ، لأنه العلة المؤثرة في وجوب الضمان ، فإن كان محدوماً فلا ضمان^(٣) .

والضرر المالى : هو الذى يسبب مفسدة مالية للمضرور ، سواء أصاب عين المال كلها ، أو بعضها ، أو أصاب منفعتها أو أدى إلى إزالة بعض أوصافها^(٤) ، ويجب أن يكون المال متقوماً في حق المضرور ، وأن يكون الضرر الذى أصابه قد وقع فعلاً ، أو محتم الوقوع حتى يجب للضمان ، أما ما يحتمل الوقوع فلا ضمان فيه ، لأنه وهم ، ولا يعتد به في الحكم بالضمان^(٥) .

الضرر غير المادى : هو الذى يؤدى إلى تفويت مصلحة غير مالية للمضرور^(٦) ، فهو ضرر معنوى يتمثل في الأذى الذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره ، كالألم للنفسى المترتب على الضرب أو

(١) د/ محمد سلام مذكور المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٥٥ هامش (١) .

(٢) الشيخ على الخفيف الضمان في الفقه الإسلامى ص ٦٤ .

(٣) د/ أسامة محمد حسن العبد . نظرية الاستهلاك الرسالة السابقة ص ٦٥ و ٦٦ .

(٤) الشيخ على الخفيف الضمان في الفقه الإسلامى ص ٦٤ .

(٥) الشيخ على الخفيف الضمان ص ٦٤ .

(٦) الشيخ على الخفيف الضمان ص ٥٥ .

السب وغيرهما^(١) . والتضمين عن الضرر المعنوي محل خلاف بين الفقهاء .

والفقه الإسلامي ينظر إلى الضرر نظرة موضوعية تجعله بمثابة العلة في وجوب التضمين ، فإذا وجدت العلة وجد المطول ، ومن ثم لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن ينشأ عن اعتداء ، بل إن الضمان يجب بوجود الضرر ، وسواء نشأ الضرر عن اعتداء أم لا . فالفقهاء المسلمون لا يفرقون في وجوب الضمان بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعدياً عن قصد وعمد ، وضرر نشأ عن فعل من غير قصد التعدي ، كأن صدر نسيئاً أو صدر عن تصور خاطئ من فاعل ظن أنه يحدث الضرر في ماله ، فوقع الضرر في مال غيره ، حيث يجب الضمان لوجود علته وهو الضرر^(٢) وبذلك يعتبر الضرر ركناً ضرورياً للحكم بالضمان ، فإذا لم يترتب على الفعل ضرر فلا يجب الضمان^(٣) .

٣٣٣ - الركن الثالث : الإقصاء .

الإقصاء في اللغة : ملأته فضا يفضو فضواً ، وهو يطلق على الوصول يقال أفضيت إلى الشيء أى : وصلت إليه . وأفضى إلى أمراته : باشرها^(٤) .

الإقصاء في اصطلاح الفقهاء : لا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي ، فقد ذكر الإمام الطبري في تفسير قول الله تعالى : " وكيف تأخذونه وقد أفضى

(١) د/ محمد سلام مذكور للدخل للفقه الإسلامي ص ٥٥ هامش ١ ، الشيخ علي الحقيف الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٥ .

(٢) د/ محمد نصر الدين محمد ، أساس الصويض دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي . رسالة دكتوراه ص ١٤٦ و ١٤٧ كلية الحقوق جامعة القاهرة ط ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ .

(٣) الشيخ علي الحقيف الضمان في الفقه الإسلامي ص ٥٤ و ٤٦ .

(٤) المصباح النور مادة أفضى ج ٢ ص ٤٧٦ .

بعضكم إلى بعض^(١) ، أن الإقضاء إلى الشيء هو : الوصول إليه بالمباشرة له^(٢) ، وجاء في تفسير الجلالين ومجمع البيان أن لفظ (أقضى) في الآية الكريمة بمعنى : وصل ، فهو يفيد الوصول والحصول^(٣) .

ويشترط لاعتبار الإقضاء ركناً في الضمان توافر أمران : الأول ، أن لا يوجد للضرر أو الإلحاق سبب آخر غيره ، سواء أكان هو مباشرة أو سببياً .

الثاني : أن لا يتخلل بين السبب والضرر فعل فاعل مختار ، وإلا أضيف الضمان إليه ، لا إلى السبب وذلك لمباشرة له^(٤) ، فإذا تطرأت الإضافة إلى المباشر ، فيضاف الحكم إلى المتسبب ، وإذا تسلوت العلة مع السبب ، كان السبب في معنى العلة ، فيضاف الحكم إلى المباشر والمتسبب معاً لتعادلتهما^(٥) .

٣٣٤ - إثبات السببية :

الأصل في الشريعة الإسلامية للفراء ، هو أن المعتدى عليه الذي وقع عليه الضرر أو وليه إن قتل ، هو المكلف بإثبات الضرر وإثبات تعدى من

(١) سورة النساء الآية رقم (٢١) .

(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ج٢ - ص ٣١٤ ط . دار الفكر .

(٣) تفسير الإمامين الجليلين ، العلامة جلال الدين الخلي ، والعلامة جلال الدين السيوطي ص ١٠٣ ط . دار

المعرفة بيروت - لبنان ، مجمع البيان في تفسير القرآن للشيخ أبي علي الفاعل بن الحسن الطبرسي ج٢

ص ٤٢ ط . أولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م ، دار المعرفة للطباعة والنشر .

(٤) مجمع الضمانات للخفادى ص ١٦٥ .

(٥) كشف الأسرار لمجد العزيز البخاري ، شرح أصول فخر الإسلام الهندوي ج٤ - ص ١٣٠٢ - ١٣٠٣ ، ط .

ط . الأساتذة .

الحق به الضرر ، وأن تعديه كان هو السبب في الضرر^(١) ، وذلك لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر " ^(٢) .

وتثبت السببية بإقرار المدعى ، أو بالبينة إذا أنكر ، كما تثبت بالقرائن ، وبيمين المدعى وشاهد ، ونحوها من طرق الإثبات^(٣) . فإذا توافرت أركان التضمنين على النحو السابق ، ثبت الحق في التعويض للمضروب .

وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا أخل البائع بالتزامه بإعلام المشتري ببيانات وأوصاف المبيع ، وما به من عيوب ، وترتب على ذلك ضرر أصاب المشتري في جسمه أو ماله ، واستطاع المشتري إثبات أن إخلال البائع بالتزامه بالإعلام هو الذي أفضى إلى الضرر ، فإنه يثبت للمشتري في هذه الحالة الحق في التعويض .

- طريقة تقدير التضمنين :

يراعى في ذلك القاعدة الفقهية العلة في ضمان الماليات ، وهي : مراعاة المثلية للكملة بين الضرر الواقع وبين العوض الواجب جبراً له كلما أمكن ذلك ، لأن المثل أعدل في دفع الضرر ، لما فيه من اجتماع الجنس والمالية ، والقيمة تقوم مقام المثل في المعنى والاعتبار المالي^(٤).

^(١) الموسوعة الفقهية الجزء الثامن والعشرون - ١٥ - ٢٢٦ .

^(٢) فتح الباري يشرح البخاري ج ٨ - ٦٩ ، صحيح مسلم يشرح النووي ج ١٢ - ٣ ، من البيهقي ج ١٠ - ٢٥٢ .

^(٣) الطرق الحكيمة في السيادة الشرعية لابن القيم الجوزية ص ٦٦ وما بعدها . قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٤٦ .

^(٤) الموسوعة الفقهية ، الجزء الثامن والعشرون - ٩١ - ٢٦٩ ، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت .

المطلب الثالث

مقارنة بين التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية

المدنية والضمان في الفقه الإسلامي .

٢٣٥ - يتضح مما تقدم أن هناك اتفاقاً بين القانون المدني والفقه الإسلامي من حيث المبدأ ، وهو وجوب جبر الضرر والتعويض عنه .
ففي القانون المدني ، ذهب الفقه والقضاء إلى أن بطلان العقد لا يكفي لتعويض المشتري عن الضرر الذي أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، وإنما يثبت للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، وفي الفقه الإسلامي : قرر الفقهاء أن استعمال الحق في خيار الرؤية وفسخ العقد ، لا يكفي لتعويض الضرر الذي أصاب المشتري بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، ومن ثم يثبت للمشتري الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه ، على أساس أحكام الضمان في الفقه الإسلامي .

وفي القانون المدني ، يلزم للحكم للمشتري بالتعويض توافر أركان المسؤولية المدنية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، ويجب أن يقوم المشتري بإثبات توافر هذه الأركان .

وفي الفقه الإسلامي يشترط الفقهاء لتضمين البائع وإلزامه بتعويض المشتري عن الضرر الذي أصابه ، أن تتوافر أركان التضمين وهي : الفعل الضار ، والضرر والإفضاء . ويوجد تقارب بين أركان المسؤولية المدنية وأركان التضمين في الفقه الإسلامي من حيث المضمون .

فالخطأ في القانون : هو الإخلال بواجب قانوني ، وقد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ، والفعل الضار في الفقه الإسلامي هو مخالفة لواجب شرعي وقد يكون إيجابياً أو سلبياً .

والضرر في القاتون المدني عبارة عن أذى يلحق بالمضرور ، وقد يكون مادياً يلحقه في جسمه أو ماله ، أو معنوياً يلحقه في شعوره وعاطفته ، ويجب أن يكون محققاً ، بأن يكون قد وقع فعلاً حتى يمكن التعويض عنه ، وهو كذلك في الفقه الإسلامي .

وعلاقة السببية في القاتون المدني يجب أن توجد بين الخطأ والضرر بحيث يجب على المشتري أن يثبت أن خطأ البائع بإخلاله بالالتزام بالإعلام ، هو الذي سبب حدوث الضرر ، حتى يستطيع المشتري الحصول على التعويض .

والفقه الإسلامي أيضاً يشترط وجود ركن الإلقاء ، بأن يكون الفعل الضار هو الذي سبب الضرر ، بالمباشرة أو بالتسبب ، بل إن الفقه الإسلامي كان أكثر حرصاً على إزالة الضرر وجبره ، فوضع القاعدة الفقهية العالمة " للضرر يزال " ، وذلك توقيفاً من الأضرار بالآخرين ما أمكن ، وتحقيقاً لذلك نظر الفقه الإسلامي إلى الضرر نظيرة موضوعية تجب عليه بمثابة العلة في وجوب الضمان ، وسواء وقع الضرر نتيجة اعتداء أم لا ، وسواء كان الفعل الذي سببه صدر عن قصد وعمد أم عن نسيان وتصور خاطئ .

القسم الثانى

تطبيقات العلم بالمبهم

٢٣٦- تمهيد وتقسيم:

رأينا في القسم الأول - أحكام العلم بالمبيع - أن نظام العلم الكافي بالمبيع يجمع بين خاصيتي الحق والالتزام ، فلعلم الكافي بالمبيع ، حق قرره المشرع للمشتري في عقد البيع ، وهو في نفس الوقت التزام يقع على علق البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع.

والأصل أن يقوم المشتري بالاستعلام والتحرى بنفسه عن حقيقة الشيء الذي يرغب في شراؤه ، فلا يقوم الالتزام بالإعلام على علق البائع إلا إذا توافرت شروط معينة ، أهمها: أن يكون المشتري جاهلاً ببيانات ومواصفات المبيع ، على أن يكون هذا الجهل مشروعاً تبرره اعتبارات معينة ، كالاستحالة الشخصية التي تواجه المشتري وتحول دون علمه بالمبيع ، لكونه شخصاً قليلاً للخبرة والدراية بحقيقة الشيء الذي يقدم على شراؤه . أو الاستحالة الموضوعية التي تتعلق بالشيء المبيع ذاته وكونه تحت يد البائع ، ولم يتمكن المشتري من الاطلاع عليه ورؤيته وقت العقد ، أو أنه من الأشياء ذات التقنية العالية والمعقدة ، والذي يستحيل على المشتري الاستعلام عنها ومعرفة حقيقته بوسائله الخاصة . وهو ما يبرر فرض الالتزام بالإعلام على علق البائع .

بل أصبح من مصلحة البائع مع التطور المعاصر في مجال التوزيع ، أن يبادر من تلقاء نفسه إلى تعريف المستهلكين بحقيقة مبيعته ، وإعلامهم بخصائصها ومزاياها لحثهم على الشراء وتحقيق أكبر عائد من توزيع المبيعات.

وبحيث يمكن القول بأن نظام العلم بالمبيع - في آخر مراحل تطوره - يوجب نوعاً من التعاون بين البائع والمشتري لتحقيق مصالحهما المشتركة . فيجب على المشتري أن يبذل جهداً معقولاً للاستعلام عما يهيمه العلم به من بيانات المبيع ومواصفاته ، ويجب على البائع إعلام

المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع عندما يستحيل على المشتري الاستعلام عنها بوسائله الخاصة .
يظهر هذا بوضوح فى التطبيقات المتنوعة لنظام العلم بالمبيع ، والتي تأصلت من خلالها أحكامه .

ومن سبله التطبيقية:

ما يبرز فيه التعاون الإيجابى للمشتري مع البائع فى مسيل تحقيق مصلحته الخاصة فى التعاقد عن علم كاف بحقيقة المبيع، حيث يقوم المشتري ببذل جهده المعقول للاستعلام عن المبيع والتعرف على حقيقته من خلال إجراء اختبارات له بتجربته أو ذوقه ، أو القيام بمعاينة وفحص عينة منه ، ويقتصر دور البائع على تمكنه من ذلك .

وهذه يمكن أن نطلق عليها مسمى "التطبيقات التقليدية لنظام العلم بالمبيع"، حيث كانت معروفة منذ أمد بعيد ، عندما كانت القواعد التقليدية فى القانون المنى تفرض على المشتري التحرى والاستعلام عن المبيع ، للوقوف على مدى ملاءمته لغرضه من الشراء، لكونه الملزم بالدفاء عن مصالحه ، وتعارض مصلحته مع مصلحة البائع تقتضى عدم إلزام البائع بأكثر من تمكن المشتري من معاينة المبيع المعاينة النافية للجهالة .

ولكن نتيجة للثورة الصناعية والتقدم التكنولوجى المعاصر فى مجالى الإنتاج والتوزيع ، فقد ظهرت العديد من المنتجات ذات التقبلة العالية والمعقدة ، والتي يصعب على المستهلك العادى معرفة خصائصها وتركيباتها الدقيقة، وطريقة استخدامها . الأمر الذى اقتضى فرض التزام على علق البائع بإعلام المشتري . بحقيقة هذه المنتجات .

وزادت الحاجة إلى فرض هذا الالتزام بالإعلام على علق البائع لصالح المشتري مع تطور طرق توزيع المنتجات ووسائل التعاقد بشأنها، حيث قل الالتقاء المباشر بين البائع والمشتري ، وأصبحت البيوع تبرم

بالمراسلات وغير المسافات ولم يعد يتمكن المشتري من الاتصال المادى
بالسلعة قبل إبرام العقد ، وأصبحت وسيلة علمه بها هى قيام البائع
بالإدلاء له بالبيانات والمواصفات الضرورية عنها ، أو عرضه لصور
ورسومات توضح حقيقتها، وذلك عن طريق الكتلوجات التى يتم توزيعها
وإرسالها إلى العملاء أو بث برامج تليفزيونية تعرض صور ومواصفات
المنتج المطروح للبيع . وهى ما يمكن أن نطلق عليها مسمى " التطبيقات
الحديثة لنظام العلم بالمبيع".

ومن ثم نتناول بيان تطبيقات العلم بالمبيع فى بابين:

الباب الأول ، التطبيقات التقليدية

الباب الثانى ، التطبيقات الحديثة

وذلك على النحو التالى :

الباب الأول
التطبيقات التقليدية
فحص عينة المبيع وتجربته
ومذاقه

٢٣٧- تمصيد وتقصيه:

يستطيع المشتري التعرف على حقيقة المبيع والوقوف على مدى ملائمة لغرضه من الشراء ، إذا بذل جهداً معقولاً في الاستعلام والتحقق من مواصفات المبيع، من خلال مشاهدته لعينة من المبيع والقيام بفحصها، أو إجراء اختبارات للمبيع بتجربته أو مذاقه . وبحيث يقتصر دور البائع على تقديم عينة من المبيع إلى المشتري ليقوم بفحصها والاحتفاظ بها لمضاهاتها بالمبيع عند التسليم . أو تمكين المشتري من اختبار المبيع بتجربته أو تذوقه .

وهذه الوسائل التي يتخذها المشتري للاستعلام عن المبيع بقصد العلم بحقيقته قبل إبرام البيع النهائي، كانت معروفة منذ القدم ، حيث نظمها القوانين المدنية في المجتمعات المختلفة بنصوص صريحة ، وذلك تحت مسمى (البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق). وقد خصص القانون المدني المصري المادة (٤٢٠) للبيع بالعينة والمادة (٤٢١) للبيع بشرط التجربة والمادة (٤٢٢) للبيع بشرط المذاق ، وذلك بعد المادة (٤١٩) الخاصة بأحكام العلم الكافي بالمبيع ، على اعتبار أن فحص عينة المبيع وتجربته ومذاقه من الوسائل الهامة التي يتحقق بها لدى المشتري العلم الكافي بحقيقة المبيع .

وهذه التطبيقات تفترض أن البيع يتم بالطريقة التقليدية ، حيث يتمكن المشتري من الاتصال المادي بالسلعة ، بما يخلو له معاينتها أو عينة منها، أو القيام باختبارها ، قبل إبرام عقد البيع النهائي.

ونقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول : فحص عينة المبيع.

الفصل الثاني : تجربة المبيع.

الفصل الثالث : مذاق المبيع . وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

فحص عينة المبيع

٢٣٨- تمديد وتقصيد:

قيام البائع بعرض عينة من السلعة على العميل ، وتهينة الفرصة لهذا الأخير لمشاهدتها بعينه ، أو لمسها بيده ، واختبارها بنفسه ، وتوقيها في بعض الحالات ، أو شمها في حالات أخرى ، يساعد المشتري في التعرف على حقيقة السلعة ومواصفاتها ، فيصدر الرضاء ويقدم على الشراء على أساس أنه سيتسلم سلعة مطابقة في مواصفاتها للعينة.

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : فحص العينة في الققون المدني.

المبحث الثاني: رؤية النموذج في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مقارنة بين الققون المدني والفقه الإسلامي.

المبحث الأول

نحو مينة المبيع في القانون المدني

٢٣٩- تمديد :

قد لا يتمكن المشتري من معاينة المبيع كله وقت إبرام العقد ، فقد يكون ذلك راجعاً لعدم وجود المبيع في مجلس العقد ، أو لصعوبة وصفه ، أو لتخثر نقله ، أو لما قد يسببه النقل من تكاليف ، فيكتفى في مثل هذه الحالات بتقديم البائع إلى المشتري جزءاً من المبيع كعينة ليقيم المشتري بفحصها ، ومعرفة أوصاف المبيع من خلالها ليتم إبرام البيع على أساس أن يسلم البائع إلى المشتري الشيء المبيع مطابقاً لهذه العينة . وهو ما يطلق عليه الفقه مسمى " البيع بالعينة " *Vente sur échantillon* .

ونتناول فيما يلي بيان المعنى المقصود بالعينة ومحلها ودورها في تحقق العلم الكافي بالمبيع ، وطبيعة البيع الذي يتم على أساس العينة ، والأحكام الخاصة بحفظ العينة ، ووجوب مطابقة المبيع لها وعبء إثبات المطابقة ، وجزاء عدم مطابقة المبيع للعينة .

وذلك على النحو التالي :

٢٤٠- المقصود بالعينة :

هي جزء صغير من الشيء المبيع يسلمه البائع إلى المشتري قبل إبرام العقد ليسمح له بالتحقق من أوصاف المبيع والاستناد إليه لإثبات مدى مطابقة السلعة عند التسليم^(١) ، فالعينة عبارة عن المبيع مصغراً ،

(١) V.en Ce sens:

LORVELLEC (Louis), *L'essai dans les contrats*, thèse de doctorat, université de Rennes, 1972, n° 26, P. 28.

- GHESTIN, (J) et DESCHÉ (b) , *La Vente*, op. cit, n° 568, P. 634.

- BIHL (luc) , *le droit de la vente*, op. cit, n° 295, P. 142.

- DUCOULOUX -Favard (claud), *droit de la vente*, op. cit., p.49.

وبمضاهات المبيع على العينة يتبين إذا كان الباع قد نفذ للترامه بالتسليم تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها^(١).

ويشترط جائب من لفقه الفرنسى لصحة البيع بالعينة أن يتم الاقتطاع المادى للعينة من ذات السلعة المعروضة للبيع وأن تسلم إلى المشتري وقت إبرام العقد^(٢).

٢٤١- محل البيع بالعينة:

الأشياء التي يجوز بيعها مع الاكتفاء برؤية عينة منها هي: الأشياء المثالية التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء ، وتقدر عادة بين الناس بالحد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. كالقماس أو القطن أو القمح ، وكذلك المستلزمات الطبية ومستحضرات التجميل والمنتجات الغذائية والمنتجات التي تنتجها الآلات الحديثة المتمثلة كالملابس الجاهزة والأثاث المنزلية وغيرها^(٣).

أما الأشياء القيمة التي تتفاوت أفرادها في القيمة، كما لو كان المبيع سيارة أو حصاناً ، ولشترى شخص جملة من هذه الأشياء المتفاوتة صفقة واحدة ، فلا يصح بيعها بالعينة، ولا بد من رؤية أفرادها واحداً فواحداً ، لأن رؤية بعضها لا يفيد العلم بالباقي للتفاوت^(٤).

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السهوري ، البيع والمقايضة ج٢ - ١٢٤ ص ٢٣٦.

(2) ALTER (Michel), l'obligation de délivrance dans la vente De Meubles corporeles, thèse de doctorat, paris, éd, L.G.D.J, 1972, N° 69, P. 137.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، عقد البيع المرجع السابق - ٣٠ ص ٤٧.

د/ محمد إبراهيم بشارى ، الالتزام بالتسليم في عقد البيع الرسالة السابقة - ٥٠ ص ١٠.

(٤) د/ محمد عقلة ، بيع العينة أو النموذج في الشريعة والقانون ٥٦-٥٧، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة الثانية ، العدد الثالث ، رمضان ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، تصدر عن كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الكويت .

٢٤٢- العينة وسيلة العلم بالمبيع:

إبرام البيع على أساس عينة - يقدمها البائع إلى المشتري ليتعرف على أوصاف المبيع من خلالها ، ويتم اتفاق الطرفين على أن يكون المبيع مطابقاً لها - يعتبر من الوسائل التي يتحقق بها علم المشتري بالمبيع، ولهذا السبب فقد أتى النص للخص بالمبيع بالعينة (المادة ٤٢٠ مدنى مصرى) تالياً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى والتي تتعلق بعلم المشتري بالمبيع^(١) . لأن المشتري برويته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع^(٢). وذلك فهو لا يصدر رضاه فى البيع بالعينة إلا بعد رؤيته للعينة وقبوله لها^(٣) .

وبذلك يكون المبيع مطوماً للمشتري علماً كافياً بمجرد اطلاعه على العينة، فلا يجوز له أن يتمسك بإبطال العقد طبقاً للمادة (٤١٩) مدنى مصرى، بدعوى عدم العلم الكافى بالمبيع^(٤).

٢٤٣- طبيعة البيع بالعينة:

اختلف الفقه والقضاء حول التكييف القانونى للبيع بالعينة ، فذهب الرأى الغالب فى الفقه والقضاء إلى القول بأن البيع بالعينة هو بيع بات ونهائى

(١) د/ محمد على عمران ود/ السيد عبد نابل ، عقد البيع المرجع السابق فـ ٤٠ ص ١٠٧

مجموعة الأعمال الصحفية للقانون المدنى المصرى جـ ٢٢.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ١٢٤ ص ٢٣٦ .

(٣) lorvellec (L) Vente sur échantillon, juris classeur civil, 11, 1985, n°28, PP. 3 et 6.

- BIHL (luc), op, cit., n° 295, p.142.

- RIPERT (G) et ROBLOT (R),op. cit., n°2512, p.617.

(٤) د/ عبد النعم البدواوى ، عقد البيع المرجع السابق فـ ٤ ص ٧٩ و ٨٠ .

من الوقت الذي تلقى فيه المتعاقدان على النموذج الذي تم البيع على أساسه^(١).

فقبول المشتري للعينة يساوي قبوله للسلعة في مجموعها فيعتقد به العقد تماماً^(٢).

وذهب بعض الفقه إلى القول بأن البيع بالعينة هو بيع مطلق على شريطة بالمعنى الصحيح ، وهو مطابقة المبيع للعينة المتفق عليها. فالمشتري يعلق التزامه النهائي على كون المبيع مطابقاً للعينة ، بحيث يتوقف مصير العقد على هذا الشرط. والوضع الأقرب احتمالاً أن يكون هذا الشرط فاسخاً ، أي أن المشتري يلتزم منذ البداية ، ولكن مع اشتراط زوال العقد إن تبين عدم مطابقة المبيع للعينة^(٣). وقد يكون هذا الشرط واقفاً يطبق على تحققه قبول المشتري للمبيع، بحيث يكون البيع بالعينة كالبيع بشروط التجربة ، مفروض فيه دائماً أنه مطلق على شرط واقف ، وهو مطابقة البضاعة للمبيعة للعينة المتفق عليها^(٤).

ومن جانبى أريد ما ذهب إليه الرأي الغالب فقهاً وقضاً من أن البيع بالعينة ، هو بيع بات منذ أن ارتضى المشتري العينة واتفق مع البائع على أن يكون المبيع مطابقاً لها. فلا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين البائع والمشتري يقضى بتطبيق التزام هذا الأخير بالمبيع على ثبوت مطابقة المبيع للعينة. كما أرى أن إبرام البيع

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري ، ج٤ - ص ٢٣٧ هامش (٥).

- د/ عبد النعم البراوي المرجع السابق ف٤٠ ص ٧٩.

- Cass 1^{re}, Civ, 18 Févr. 1992, Bull. Civ., 1, n° 48, R.T.D. COM, 1992, N° 4 P 850, obs BOULOC (B).

(2) LORVELLEC, (L), Vente sur échantillon, op. cit., n° 32 et 33, P.6.

(٣) د/ جيل الشراوى ، عقد البيع المرجع السابق ف٨٨ ص ٦٢.

(٤) حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٤٢ م ، المجموعة الرسمية ، ص ٤٣ ، عدد ٩ ، رقم

على أساس عينة - يقدمها البائع إلى المشتري غالباً ليقوم هذا الأخير بفحصها فإذا ما ارتضاها أعطى موافقته على البيع على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة - يجعل من العينة عنصراً أساسياً في تراضى الطرفين ، وسيلة هامة يتحقق بها العلم الكافي لدى المشتري بأوصاف المبيع ، لأن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع كله.

٢٤٤- حفظ العينة:

لما كانت العينة هي الوسيلة الوحيدة لتحديد ما إذا كان المبيع مطابقاً لما تم الاتفاق عليه ، فلا بد من حفظ هذه العينة حتى يمكن مطابقتها بالمبيع لحظة التسليم ، ولهذا يجب على المتعاقدين الاحتياط التام في المحافظة على العينة^(١).

وعادة ما تختم العينة ويوقع عليها من الطرفين بطريقة تمنع التغيير فيها أو العبث بها ، وتحفظ حتى تنفيذ العقد^(٢).

والأصل أن المشتري هو الذي يحتفظ بالعينة لديه حتى يتمكن من مطابقة المبيع لها ، ولكن قد يتفق البائع مع المشتري على أن يقوم الأول بالاحتفاظ بالعينة^(٣)، وقد يتم الاتفاق بين الطرفين على حفظها عند شخص آخر حصاً للنزاع بشأنها^(٤).

٢٤٥- وجوب مطابقة المبيع للعينة:

ينص من نص المادة (٤٢٠) مدنى مصرى ، والتي تقرر فسى فقرتها الأولى أنه: "إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها " أن البائع يلتزم بتسليم شيء مطابق فى أوصافه للعينة التى تم التعاقد على

(١) حسام الدين الأهواى ، عقد البيع ، المرجع السابق لـ ٢٠٧ ص ٢٠٤.

(٢) LORVELLEC (L) Thèse précitée, n° 26, P. 29.

(٣) أستاذة الدكتور / عبد الرشيد مأمون . المرجع السابق لـ ٥٦ ص ٨٢.

(٤) LORVELLEC (L) Thèse précitée, n° 26, p.29.

أساسها. فإذا لم يقم البائع بذلك ، فإنه يكون مخلاً بالتزامه بالتسليم^(١)، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن مؤدى نص المادة ٤٢٠ مدنى مصرى، أنه : ' يقع على علق البائع الالتزام بتسليم شىء مطابق للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام، لم يكن له أن يطالب المشتري بإداء المقابل وهو الثمن^(٢).
وقد أكد الفقه والقضاء الفرنسيان على وجوب أن تكون السلعة المسلمة مطابقة بدقة للعينة فى أوصافها^(٣).
ولا يعطى البائع من التزامه بتسليم سلعة مطابقة للعينة، أن يكون المشتري قد احتفظ بالحق فى اختبار العينة، بما يجعل العقد معلقاً على شرط واقف هو قبول العينة^(٤).
والسلعة المسلمة يجب أن تكون مطابقة فى مجموعها للعينة ، بحيث يكون للمشتري الحق فى رفض تسلم المبيع غير المطابق ولو جزئياً للعينة المتفق عليها^(٥)، إذ الأصل أن التعلق يجب أن يكون تاماً، ولكن

(١) د/ عبد النعم البزراوى المرجع السابق لـ ٤٠ ص ٧٩ و ٨٠.

- د/ محمد إبراهيم بنسارى ، الرسالة السابقة لـ ٥٣ ص ١٠٧.

- د/ محمد عبد الظاهر حسين ، الدعاوى المتعلقة بعقد البيع ص ٦٦ ط ١٩٩٤ م، دار النهضة العربية.

(٢) نقض مدنى مصرى ١٥ أكتوبر ١٩٥٩ م، مجموعة أحكام النقض ص ١٠ ص ٥٦٧.

(3) CHARLES BOULAY, jean., La conformité Des Biens dans la vente de meubles corporeles, Étude Comparative, thèse de doctorat paris II, 1979, n° 127, P. 195.

- REMY (philippe), l'obligation de conformité dans la vente sur référence, note sur cass 1^{er} civ, 1^{er} décembre 1987, Bull civ 1- n° 324 et 325, p233., R.T.D.civ, 1988, n°1, pp.368 et 369.

(4) Cass 4e com 7 janvier 1981, Bull . Civ: IV n° 17, P.13., D.1981, P440. Obs B.A.

(5) CHARLES BOULAY (J), thèse précitée n° 127 et 129 pp. 196 et 198.

- HUET (JÉRÔME). Les principaux contrats spéciaux ,op.cit n° 11590, p.455.

- PLANIOL et RIPERT, T,X,op.cit, n° 305, P.379.

المحاكم تتسامح عادة في الاختلاف اليسير إذا كان الشيء المسلم يحوى الصفات الجوهرية للعينة، وإن لم يكن مطابقاً لها تماماً ، بشرط أن يكون الفرق تافها بحيث لا يؤثر في صلاحية المبيع للغرض الذى خصص له. ويجب فى هذه الحالة على البائع أن يعرض المشتري عن النقص فى جودة المبيع ، ويلتئى هذا التعويض فى صورة إتقاص للثمن^(١). فإذا قدم البائع شيئا مطابقا للعينة فإنه يكون قد أوفى بالتزامه ، ولا يستطيع المشتري رفضه ولو وجده غير ملائم لحاجته^(٢). بل ليس للمشتري فى الأشياء التى تجرب عادة أو تذوق ، أن يرد المبيع المطابق للعينة ولو وجده بعد التجربة غير صالح ، أو بعد المذاق غير ملائم ، فما دام المبيع مطابقا للعينة يجب على المشتري قبوله^(٣) . وتقدير مدى مطابقة المبيع للعينة ، يمكن أن يتم بواسطة الخبراء ، وفقا للقواعد العلمية ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى^(٤).

٢٤٦- بحسب إثبات ذاتية العينة ومطابقتها للمبيع:

تحديد الطرف الذى يتحمل عبء الإثبات يختلف بحسب ما إذا كان المطلوب هو إثبات ذاتية العينة أم إثبات مدى مطابقة المبيع لها.

١- إثبات ذاتية العينة:

إذا كانت العينة موجودة وقائمة فى يد أحد الطرفين وأنكر الطرف الآخر أنها هى ذاتها العينة المتفق عليها . فإنه يطبق فى هذه الحالة حكم القواعد العامة فى الإثبات ، وهى تقضى بأن من كانت فى يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى ، ويقع على المدعى عبء إثبات تغير

(١) د/ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق لـ ٢٦ ص ٤٩.

- د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق لـ ٣٥ ص ٤٨.

(٢) قضى ملق مصرى ١٩ أبريل ١٩٥١ م ، مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠.

(3) PLANIOL et RIPERT, T.X, OP. CIT , n° 305, p. 379.

(4) PLANIOL et RIPERT, ibid, n° 305, p. 380.

العينة ، وذلك تلميساً على قاعدة بقاء الشيء على أصله ، فمن يدعى عكس ذلك يقع عليه عبء الإثبات . وهذا ما لم تكن هناك علامة بين الطرفين قد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة^(١) ، وإذا كان الغالب أن المشتري هو الذي يحتفظ بالعينة ، فإنه يقع على البائع عبء إثبات تغير العينة أو إبدالها من جانب المشتري^(٢).

٢- إقباض مدى مطابقة المبيع للعينة:

قد يختلف المتبايعان عند تسليم المبيع في مدى مطابقة المبيع للعينة المتفق عليها. والأمر في هذه الحالة لا يخرج عن فرضين ، إما أن تكون العينة موجودة وقائمة بحالتها وإما أن تكون قد هلكت أو فُتت.

الفرض الأول ، الاختلاف في المطابقة حال قيام العينة . في هذه الحالة يذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى تحميل المشتري عبء إثبات عدم المطابقة ، وله أن يستعين في ذلك برأي الخبراء وفقاً للقواعد العامة ، ولكن رأي الخبير غير ملزم للقاضي^(٣) .

ويرى جانب من الفقه المصري أن البائع هو الذي عليه إثبات مطابقة الشيء للعينة ، لأن التزامه بالتسليم موصوف بوصف يجب أن يتوفر فيه ، وهو مطابقة ما يسلمه للعينة^(٤).

(١) انظر في هذا المعنى د/ عبد الرزاق السنهوري ، ج٢ - ف ١٢٧ - ٢٣٩ .

- د/ عبد النعم البدواي المرجع السابق ف ٤١ - ٨١ .

- د/ حسام الدين الأموي المرجع السابق ف ٢٧٠ - ٢٠٤ .

- مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ - ٢٣٣ .

(2) RIPERT et ROBLOT, op. cit, n°2512, p. 617.

(3) V. par ex.:

- GHESTIN (J) et DESCHÉ (B) , la vente, op. cit., n° 569 P. 634

- BIHL (luc) , op. cit., n° 295, P. 142.

- PLANIOL et RIPERT, t. x, op. cit., n° 305, p.380.

- trib. Gr - ist . Digne, 23 Janvier 1980, Gaz, pal, 1981, 1, som, p.44.

(٤) د/ عبد النعم البدواي ، المرجع السابق ف ٤٠ - ٨٠ .

الفرض الثاني ، الاختلاف في مدى مطابقة المبيع للعينة حال هلاك العينة أو فقدها .

ففيه يطبق في هذه الحالة حكم المادة (٤٢٠) مدنى مصرى فى فقرتها الثانية ، والتي تنص على أنه : " إذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشترى أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق".

أمثلا إذا كان المشتري هو الذى احتفظ بالعينة وتلفت أو هلكت ، كان عليه عبء إثبات عدم مطابقة المبيع للعينة . وأما إذا كان البائع هو الذى احتفظ بالعينة لديه ثم هلكت كان عليه عبء إثبات مطابقة المبيع للعينة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن^(١) ، وتأخذ حالة فقد العينة حكم الهلاك والتلف طبقا لنص المادة (٤٢٠) مدنى مصرى.

٢٤٧- جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة:

إذا لم يكن المبيع مطابقاً للعينة ، فلا يجبر المشتري على قبوله ، ويكون البائع فى هذه الحالة مخلا بالتزامه بتسليم شئ مطابق للعينة المتفق عليها ، وتترتب المسؤولية العقدية ، ويتقرر جزاؤها فى هذه الحالة بتحويل المشتري الحق فى المطالبة بأحد الأمور التالية:

١- طلب التنفيذ العينى ، وجبر البائع على تسليمه شيئا آخر يكون مطابقا للعينة^(٢) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شئ مطابق للعينة على

(١) أمثلة الدكتور / عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق لـ ٥٧- ٨٢ و ٨٤.

مجموعة الأعمال التحضيرية جء ٢٢٠ .

(٢) د/ عبد الرزاق السهورى ، المرجع السابق جء ١٢٦- ٢٣٧

د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ٦٦- ١٠٢.

نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذنه في حالة الاستعجال .
وفقا للمادة (٢٠٥) مدنى مصرى .

- ٢- طلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بتقديم شيء مطابق للعينة ،
وطلب التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم التنفيذ^(١) .
- ٣- قبول السلعة غير المطابقة أو الأقل جودة من العينة لمتفق عليها ، مع
طلب إتفاص الثمن ، إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق
لعينة^(٢) .

(1) V. en ce sens:

- RIPERT et ROBLOT, op. cit., n° 2512, p. 617.
- BIHL (LUC), op. cit., n° 295, p. 142.
- R.T.D. com, 1983, n° 6, pp. 457 et 459. Obs, Hémard (J) et Boulec (B).
- LORVELLEC (L) vente sur référence, op.cit., n° 42, p. 7.

(2) RIPERT et ROBLOT, op.cit., n° 2512, P. 617.

د/ عبد الرزاق السهررى ، المجمع السابق لـ ١٢٦ ص ٢٣٨ .

المبحث الثاني

رؤية الأنموذج في الفقه الإسلامي

٢٤٨- تمهيد :

تفيد رؤية الأنموذج في الفقه الإسلامي ، العلم بصفات السلعة في بعض أنواع المبيعات ، والتي يتم عرضها للبيع في صورة عينات أو نماذج ، وعلى شكل مقادير يسيرة منها، ولكنها في الوقت نفسه تصلح لإعطاء فكرة أمينة عنها ، ولتكوين دلالة صالحة في نفس المشتري عن السلعة المعروضة مهما بلغت مقاديرها وكثرت كمياتها.

ونتناول فيما يلي بيان معنى الأنموذج في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء وصورة بيع الأنموذج وأهميته ومحله وآراء الفقهاء فيه.

٢٤٩- معنى الأنموذج في اللغة:

يقال أنموذج ونموذج . فالأنموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء ، وهو معرب ، والأنموذج بفتح النون والذال المعجمة والميم المضمومة وهو مثال الشيء ، وأي صورة تتخذ على مثال صورة الشيء ليعرف منها حاله . وهو معرب (نموذ) والعوام يقولون " نمونه" ولم تعربه العرب قديما ولكن عربه المحدثون^(١). والأنموذج : بضم الهمزة والميم وفتح الذال المعجمة وسكون النون ، وهو المثال الذي يعمل عليه الشيء كالنموذج جمع نماذج^(٢).

(١) تاج العروس من جواهر القاموس للإمام محمد مرتضى الزبيدي ج٢- ص ١٠٩ فصل النون باب الجيم ، منشورات دار مكتبة الحياة .

(٢) المعجم الوسيط ، حرف الهمزة مع الميم ج١- ص ٣١ الطبعة الثالثة يصدر من مجمع اللغة العربية.

٢٥٠- معنى الأنموذج في اصطلاح الفقهاء:

قال العلامة محمد الشربيني الخطيب ، الأنموذج هو : " مثال لبعض المبيع الدال على باقية"^(١) وقال العلامة البهوتي ، الأنموذج هو : " ما يدل على صفة الشيء ، بأن يريه صاعا مثلا من صبرة ، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه"^(٢).

٢٥١- صورة بيع الأنموذج :

هي أن يعرض البائع على المشتري بعض المبيع ليراه ويتفقدن على أن المبيع كله من نفس نوع وصفات الأنموذج ، فيرضى المشتري ويتبايعان على ذلك ، أو يقول المشتري للبائع أرني ما عندك من القمح مثلا ، فيأتي له ببعض منه فيشتري على رؤيته"^(٣).

٢٥٢- أهمية البيع محلي الأنموذج:

إذا كان العلم بالعمود عليه شرطا لصحة البيع في الفقه الإسلامي وأن العلم به يتم بطرق عديدة تبعا لنوع السلعة وطبيعتها وكونها حاضرة أم غائبة ، وأن الفقهاء متفقون على أن الرؤية تعتبر وسيلة لتحقيق العلم بالمبيع ، فإن رؤية أنموذج السلعة يفيد أيضا العلم بصفاتها في بعض أنواع المبيعات. ويكون المشتري برؤيته للأنموذج قس حكم من رأى المبيع ، لأنه يستدل برؤية الأنموذج على حال المبيع بما ينتقضى معه الغرر. كما قد تدعو الحاجة أحيانا إلى الاكتفاء برؤية الأنموذج رفعا

(١) مغني الحاج ج٢- ص١٩.

(٢) كنز التنافع عن من الإقناع ج٣- ص١٦٣.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ج٢- ص٢١٥ ، د/ الصديق محمد الأمين الضمير الغرر وأثره في العقود ، الرسالة

السابقة ص٤٢٧ ، د/ ياسين أحمد إبراهيم خرادكة ، الغرر وأثره في العقود ، الرسالة السابقة ص٣٣٣ .

للضرر والخرج عن المتبايعين^(١).

٢٥٣- محل بيع الأتمودج :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن البيع على الأتمودج أو النموذج لا يكون إلا في المتليات ، فيكتفى برؤية بعض المثلى ، لأن برؤيته تصير صفة ما بقي منه موطوماً .

فتوى المصنوع الحنفى : قال العلامة السرخسى: " فلما السمن والزيت والحنطة ، فلا خيار له (أى للمشتري) إذا اشتراها بعد رؤية بعضها ، لأن المكمل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض يصير وصف ما بقي منه موطوماً^(٢) . وقال العلامة الزيلعى : " ولو دخل فى المبيع أشياء فإن كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج ، يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتماء بالبعض فى الجنس الواحد ، ولو قوع العلم به بالباقي ، إلا إذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لأنها مع الخيار لا تتم^(٣) . أى أنه برؤية النموذج يصير باقى المبيع موطوما فلا يثبت للمشتري الخيار إذا كان ما لم ير مطلقاً للنموذج أما إذا كان أردأ فللمشتري الخيار .

(١) د/ محمد عقلة ، بيع العينة أو الأتمودج فى الشريعة والقانون ص ٤٥٣ و ٤٥٤ بحث منشور فى مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة الثانية العدد الثالث ، رمضان ١٤٠٥ هـ - يونيو ١٩٨٥ م ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية الكويت . د/ عبد الله عبد الله محمد العلقى أحكام الخيارات الرسالة السابقة ص ٢٣٥ ص ٤٣٦ و ٤٣٩ .

(٢) الموطأ للسرخسى ج ١٣ ص ٧٢ .

(٣) بين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٦ .

وهي المحمّدية المالكيّة: قال العلامة أحمد الدردير^(١): "وجاز البيع برؤية بعض المثلّي من مكيل كقمح وموزون كقطن وكتان بخلاف المقوم فلا يكتفى برؤية بعضه"^(٢).

ومحمد الشافعية، قال العلامة النّووي: "إذا رأى أتمونجاً من المبيع منفصلاً عنه وبني أمر المبيع عليه نظر ... وقال: ثم صورة المسألة مفروضة في المتمثلات"^(٣).

٢٥٤- حكم بيع الأتمونج وأراء الفقهاء فيه:
اختلف الفقهاء في حكم البيع بالأتمونج على رأيين:
الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة إلى جواز البيع على الأتمونج.
الرأي الثاني: ذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم جواز البيع على الأتمونج.

٢٥٥- القائلون بجواز البيع على الأتمونج:
يتفق أصحاب الرأي الأول من حيث المبدأ وهو جواز البيع على الأتمونج إلا أنهم يختلفون فيما بينهم من حيث الشروط والتفصيلات.
يذهب الحنفية، تكفي رؤية الأتمونج في الأشياء التي تباع على مقتضى أتمونجها. فإذا كان المبيع شيئاً واحداً، فإنه يجوز الاكتفاء برؤية بعضه شريطة أن يكون هذا الجزء مقصوداً بنفسه في السلعة، بمعنى أن رؤيته

(١) هو الإمام أحمد بن محمد بن أحمد العلوي أبو البركات الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية، ولد سنة ١١٢٧هـ في بني عدي بمصر وتعلم في الأزهر الشريف ومن كبه أقرب المسالك للعب الإمام مالك، والشرح الكبير والشرح الصغير ومنع القدير لشرح مختصر الشيخ خليل. توفي بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ (شجرة النور الزكية ص ٢٥٩).

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٤٥.

(٣) المجموع النّووي ج ٩ ص ٢٩٨.

تفيد علماً بجميع المبيع، بحيث يستقضى بها عن رؤية بقيته ، مع مراعاة أن المقاصد تختلف من سلعة لأخرى^(١) فإذا كان المبيع صبرة من القمح اكتفى برؤية ظاهرها والنظر إلى وجهها لأنه هو المقصود أى المقدار الذى يطعم من خلاله صفة وحال بقية الصبرة. وإن كان المبيع ثوباً مطويًا كفت رؤية ظاهره وسقط الخيار لأن الظاهر فى الثوب المتجانس يدل على سائره ، علاوة على ما يلحق البقع من ضرر ينشأ عن تكسر الثوب بسبب نشره وطيه . وإن كانت دابة فالمقصود منها رؤية وجهها وكفلها فاكفى بالنظر إليهما عن النظر إلى جميعها فى سقوط الخيار ، وإن كانت شاة لحم اكتفى بجسها لأنه يحقق المقصود وهو معرفة سمها من عدمه وهكذا^(٢) .

ويكتفى برؤية بعض للمبيع إذا كانت الحاجة تدعو لذلك كما لو كانت رؤية جميع المبيع معتبرة ، أو فيها ضرر بالبائع ، فحيث كانت رؤية بعض المبيع يتوصل بها إلى الغاية المرادة وهى العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها^(٣).

وإذا كان المبيع أشياء متعددة متماثلة لا تختلف أحادها كالمكيلات من قمح وشعير ، والموزونات مثل للزيت أو القطن ، فإنه يكتفى برؤية واحد منها ما دامت متحدة فى الجنس والصفة فيسقط الخيار ويلزم البيع بها . وذلك لجريان العادة بالاكتماء برؤية البعض فى الجنس الواحد ، ولأنه برؤية بعض غير المتفاوتات تعلم حقيقة الباقي فيتحقق شرط البيع^(٤).

(١) الهداية وشرحها العناية ج٥ ص ١٤٢ ، شرح مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٢٤).

(٢) شرح العناية وفتح القدير على الهداية ج٥ ص ١٤٢-١٤٣.

(٣) تبين الحقائق ج٤ ص ٢٦.

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٣٦ ، الموطأ ج١٣ ص ٧٢ ، تبين الحقائق ج٤ ص ٢٦.

وإذا وجد المشتري بقية المبيع على خلاف بعضه الذى رأى يثبت له الخيار ، واختلف فقهاء الحنفية فى هذا الخيار فقال بعضهم هو خيار عيب^(١)، وقال البعض هو خيار رؤية^(٢) .

٢٥٦- اختلاف البائع والمشتري فى حالة هلاك النموذج:

إذا اختلف البائع والمشتري فى تغيير المعقود عليه على النموذج فى حالة هلاك النموذج ، بأن قال المشتري : إن المبيع تغير عما رأيته وقال البائع لم يتغير ، فالقول عند الحنفية قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة^(٣) . وعللوا لذلك بقولهم إن دعوى المشتري للتغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه ، بمنزلة دعوى العيب وإذا ادعى عيباً فطيه أن يثبت ذلك بالبينة . وللقول قول البائع مع يمينه إن لم يكن له بينة فى أن بقية المبيع كالنموذج^(٤) .

فإذا كان النموذج موجوداً فإنه يعرض على من له خبرة بذلك فيتضح الحال . أما إذا كان المبيع غائباً وادعى المشتري الاختلاف ، وأنه ليس على الصفة التى رآها فى النموذج ، فالقول قوله فحسب ، لأن دعواه هذه بمثابة إنكاره أن يكون هذا هو المبيع^(٥) . وإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذى اشتراه على مقتضاه ، يكون مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بقسح البيع^(٦) .

^(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢ رد المختار ج ٤ ص ١٠٩ .

^(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢ .

^(٣) رد المختار ج ٤ ص ١٠٩ .

^(٤) المبسوط ج ١٣ ص ٧٢ .

^(٥) رد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ١٠٩ .

^(٦) مرشد المحرر المادة (٢٨١) ، رد المختار ج ٤ ص ١٠٢ .

وإذا كان المبيع أشياء متعددة متقارنة فيرى الحنفية عدم جواز بيعها بالأنموذج ، بل لابد من رؤية كل واحد منها^(١).

وضابط كون المبيع مثليا أو غير مثلي عند الحنفية ، هو كونه مما لا يتفاوت أحاده ، ويعرض بالأنموذج في عرف الناس وعادتهم^(٢).

فإذا كان المبيع يعرض بالأنموذج فهو مثلي ، ويجوز بيعه برؤية بعضه الذي يدل على باقيه ، ولكن للعرف قابل للتغيير والتبديل ، ولذلك فإنه إذا كان سائر فقهاء الحنفية يرون أن الثياب من العديلات المتفاوتة التسي لا يصح بيعها بالأنموذج ولا يكتفى برؤية بعضها للطم بباقيها ، إلا أن بعض متأخري الحنفية قال بغير ذلك نظرا لتغير العرف في عصره بشأن الثياب والتي أصبحت من المتمثلات . حيث يقول العلامة ابن عابدين بشأنها : " وبقي شيء لم أر من نبه إليه وهو ما لو كان المبيع أثوابا متعددة وهى من نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد. ويظهر لى أنه يكفى رؤية ثوب منها إلا إذا كان الباقي أردأ ، وذلك لأنها تباع بالأنموذج فى عادة التجار ، فإذا كانت ألوانا مختلفة ، ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ، ويلصقون القطع فى ورقة ، فيطم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوماً"^(٣).

ومحمد المالكية ، يجوز البيع على الأنموذج إذا كان المبيع مثليا كالمكيلات من قمح أو شعير والموزونات من قطن أو سمن وكالعديلات المتقاربة من بيض أو جوز ، فيكتفى برؤية بعضه عن رؤية الجميع . فإذا

^(١) بدائع المتالع جـ ٧ ص ٣٣٦٦ ، رد المختار جـ ٤ ص ١٠٢.

^(٢) شرح النجاة على الهداية جـ ٥ ص ١٤٧ ، رد المختار جـ ٤ ص ١٠٢.

^(٣) رد المختار على الدر المختار جـ ٤ ص ١٠٢.

نظر المشتري إلى بعض المبيع المثلى واشتراه عن آخره على صفة ما رأى منه صح البيع^(١).

٢٥٧- حفظ النموذج

ينبغي عند الملكية ، الاحتفاظ بالعينة (النموذج) لتكون بمثابة الشاهد عند التنازع ، فإن خرج الأمر مخالفاً للعينة وكان الاختلاف يسيراً لزم البيع ، وإن كان كثيراً لم يلزم^(٢).

وإنه لفقه جيد أن يقول الملكية باغتفار الاختلاف اليسير بين النموذج وبقية المبيع ، لأن هذا مما تم به البلوى ، وفي مراعاته تيسير على الناس ، وتسهيل لمعاملتهم^(٣).

فإذا كان المبيع مقوماً كحل مملوء من القمطن ، فلا يجوز بيعه على النموذج في ظاهر مذهب الملكية ، ورؤية بعض أفراد لا تقضى عن رؤية جميعه . وقال العلامة ابن عبد السلام : أن الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلى في كفاية رؤية البعض إذا كان المقوم من صنف واحد^(٤) ، وقول العلامة ابن عبد السلام أولى بالقبول وإن كان خلاف الراجح في المذهب لأن القيمي المتحد للصنف لا فرق بينه وبين المثلى . بل هو مثلى في الحقيقة ، فالجمل المملوء من القمطن ، إذا كان القمطن من صنف واحد ، ينبغي أن يجوز بيعه بالنموذج^(٥) .

^(١) حاشية السموقي على الشرح الكبير ج٢- ص٢٤٤ بلفظ السالك ج٢- ص٣٦٢ التاج والأكليل للمواق

بماش مواهب الجليل ج٤- ص٢٩٣.

^(٢) مواهب الجليل للحطاب ج٤- ص٢٩٤.

^(٣) د/ محمد غفلة ، العينة أو النموذج في الشريعة والفائون ، البحث السابق ص٤٧.

^(٤) حاشية السموقي ج٢- ص٢٤٤ بلفظ السالك والشرح الصغير ج٢- ص٣٦٣ و٣٦٤. مواهب الجليل

ج٤- ص٢٩٤ شرح الخرخري وحاشية العلوي ج٥- ص٣٣.

^(٥) د/ الصديق محمد الأمين الضرير الرسالة السابقة ص٤٧٨.

وعند الشافعية : يجوز البيع برؤية بعض المبيع مما يستدل برؤية بعضه على الباقي كصبرة الحنطة تكفى رؤية ظاهرها ولا خيل له إذا رأى بعد ذلك باطنها إلا إذا خالف ظاهرها^(١).

وتؤدى رؤية بعض المبيع إلى تحصيل العلم بالمقصود تبعاً لاختلاف المقاصد ، والرؤية فى كل شىء بحسب ما يليق به ، وفى رؤية الدور يكفى رؤية السطوح والسقوف والجدران والمستحم ، وفى رؤية البستان يكفى رؤية الأشجار ومجرى المياه ، وفى الثوب لابد من نشره كله ، وفى الكتب لابد من رؤية داخلها وتقليب جميع صفحاتها^(٢).

وللشافعية فى بيع الأتمودج إذا رآه المشتري منفصلاً عن المبيع ثلاثة أوجه ، أحدها : الصحة . والثانى : البطلان والثالث وهو أصحها : أن الأتمودج إن دخل فى البيع صح وإلا فلا . وصورة المسألة مفروضة فى المتمثلات^(٣).

ومثال ذلك : أن يقول البائع للمشتري : بعك الحنطة التى فى هذا البيت وهذا الأتمودج منها ، فإن لم يدخل الأتمودج فى البيع ، فلا يصح البيع لأن المبيع غير مرنى . أما لو أدخل الأتمودج فى البيع " كما لو قال بعك الحنطة التى فى هذا البيت مع هذا الأتمودج ، صح البيع لأنه يكون كما لو رأى بعض المبيع متصلاً بالباقي ، كما فى بيع صبرة القمح برؤية ظاهرها وهو جائز بلا خلاف ، ولا خيل للمشتري إلا إذا خالف ما لم يره ما رآه^(٤).

^(١) المجموع شرح المهذب ج٩ ص٢٩٧ ، روضة الطالبين ج٣ ص٣٧٠.

لمائة المحتاج ج٣ ص٤١٩ ، مغنى المحتاج ج٢ ص١٩٠.

^(٢) المجموع للزوى ج٩ ص٢٩١ و٢٩٢ وروضة الطالبين ج٣ ص٣٧١ و٣٧٢ مغنى المحتاج ج٢ ص٢٠.

^(٣) المجموع ج٩ ص٢٩٨ ، روضة الطالبين ج٣ ص٣٧١.

^(٤) المجموع ج٩ ص٢٩٧ و٢٩٨ ، لمائة المحتاج ج٣ ص٤٢٠ ، مغنى المحتاج ج٢ ص١٩٠.

ويرى بعض الفقه أن اشتراط الشفعية لإخلاق النموذج فى الصفقة حتى يصح البيع لا وجه له . لأن الغرض من رؤية النموذج استدلال المشتري على حال المبيع ، وهذا المعنى يقصد به رفع المشقة ، والتيسير ونفسى الغرر . واشتراط إدخال العينة فى الصفقة ينال هذه المعنى ، إذ ربما تأخر إتمام العقد عن رؤية النموذج فتعرض النموذج خلال ذلك للتغير أو الهلاك مما ينشأ عنه النزاع وإلغاء عقد ربما كلفت حاجة المشتري إليه ماسة^(١).

ولمجد الخيرة ، يجوز البيع بالنموذج إذا كان المبيع مثليا فقد جاء فى البحر الزخار : " لا تكفى رؤية بعض المختلف ورؤية ثوب من ثياب مستوردة تكفى"^(٢) ، وقال العلامة ابن مفتاح : " فإن كان المبيع مثليا كفى رؤية بعضه ، نحو بعض الطعام ونحوه من المكملات وبعض السمن ونحوه من الموزونات المستوية . فلو كتبت مختلفة لم يكف رؤية البعض كالقیمی وأما غيره فلا بد من رؤية جميعه إلا ما يعطى عنه"^(٣)

٢٥٨- القائلون بحد جواز البيع على رؤية النموذج:

ذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم جواز البيع بالنموذج .

فمجد الحنابلة، لا يصح بيع النموذج بأن يريه صاعا ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح من المذهب^(٤) .

(١) د/محمد عقله ، البحث السابق ص ٤٥٥.

(٢) البحر الزخار ج ٢ ص ٣٥٢.

(٣) شرح الأوزار ج ٣ ص ٩٢ ، اللعة المشقة للطبلى ج ٣ ص ٢٧٦ ط ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م دار إحياء

التراث العربى بيروت - لبنان .

(٤) تلبدع لى شرح المتق ج ٢ ص ٢٥٥ الإصناف للرداوى ج ٢ ص ٢٩٥.

قال العلامة البهوتي : " ولا يصح بيع الأتمودج بضم الهمزة وهو ما يدل على صفة الشيء بأن يريه صاعا مثلاً من صبرة ، ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه".^(١)

ويرجع ذلك إلى أن الحنابلة يشترطون أن يكون المبيع معلوما للمتبايعين وقت العقد ، بحيث تكون رؤيته مقارنة للعقد لا تتأخر عنه ، وفي حالة البيع بالأتمودج لا يكون المشتري قد رأى المبيع وقت العقد فيكون قد اشترى ما لم يره وما لم يوصف له فلم يصح البيع لفقدان شرط الرضا نتيجة لعدم الرؤية التي هي سببه^(٢).

وعند الظاهرية : لا يجوز بيع الأتمودج . وهو ما يستفاد من قول العلامة ابن حزم : " وليت شعري ما هذا الأتمودج الذي لا هو لفظة عربية من اللغة التي نزل بها القرآن وخالطينا بها رسول الله - ﷺ - ولا لفظه شرعية ثم صار يشرع بها أبو حنيفة الشرائع ، فيحرم ويحلل ، فطى الأتمودج العطاء وعلى كل شريعة تشرع بالأتمودج".^(٣)

وأرى رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والشيعة ، بالقول بجواز بيع الأتمودج وأن رؤيته تغدو العلم بحال باقي المبيع . لما في الأخذ بهذا المذهب من تيسير المعاملات ورفع الحرج والمشقة والضرر عن المتبايعين ، وهو ما يستقيم مع أصول الشريعة الغراء.

^(١) كشف القناع عن من الإقناع جـ ٣ صـ ١٦٢.

^(٢) كشف القناع جـ ٣ صـ ١٦٢ ؛ د/ محمد عقله ، البحث السابق صـ ٤٩.

^(٣) غلى لابن حزم جـ ٩ صـ ٣٧٢ و ٣٧٤ مسألة رقم (١٤٢٧).

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

- ٢٥٩- يتضح مما تقدم أن هناك أوجه اتلاق بين القانون المدني والفقه الإسلامي بخصوص المقصود بالعينة (أو النموذج) وكفايتها في تحقق العلم بأوصاف المبيع ومحلها ، ووجوب حفظها ومطابقة المبيع لها.
- وفي القانون المدني ، العينة هي : جزء صغير من المبيع يسلمه البائع إلى المشتري قبل إبرام العقد ليسمح له بالتحقق من أوصاف المبيع والاستناد إليه لإثبات مدى مطابقة السلعة عند التسليم.
- وفي الفقه الإسلامي: النموذج هو : جزء من الشيء المبيع أو مثال لبعضه الدال على صفة باقية .
- وفي القانون المدني : رؤية وفحص العينة وسيلة للعلم بأوصاف المبيع.
- وفي الفقه الإسلامي : رؤية نموذج السلعة يفيد العلم بصفتها ، فيصح البيع بالنموذج عند جمهور الفقهاء.
- وفي القانون المدني : محل البيع بالعينة الأشياء المثلية .
- وفي الفقه الإسلامي : محل البيع بالنموذج الأشياء المثلية كذلك.
- وفي القانون المدني : يجب حفظ العينة لمطابقة المبيع بها عند التسليم.
- وفي الفقه الإسلامي: يجب عند فقهاء المالكية الاحتفاظ بالعينة لتكون بمثابة الشاهد عند التنازع ، فإن كان الاختلاف بين العينة والمبيع يسيراً لزم البيع وإن كان كثيراً لم يلزم .

- وفي القانون المدني ، يلتزم البائع بتسليم شيء مطابق فسي أوصافه للعينة التي تم التعاقد على أساسها (وفقا للمادة ٢٠ ، مدنى مصرى). وإلا كان للمشتري المطالبة بالتنفيذ العينى بتسليم شئ مطابق للعينة ، أو الفسخ مع طلب للتعويض عن الضرر.
- وفي الفقه الإسلامى، يلتزم البائع بتسليم شيء مطابق للنموذج وإلا ثبت للمشتري الخيار فى فسخ العقد أو إمضائه إلا أنه يفتقر الاختلاف اليسير بين المبيع والنموذج تيسيراً على الناس فى معاملاتهم.

الفصل الثانی

تجربة المبيع

٣٦٠- تمصید و تقصید :

قد يشترط المشتري على البائع في العقد اختبار المبيع بتجربته خلال مدة محددة ، حتى يتبين مدى صلاحيته للغرض الذي يقصد شرائه من أجله . وهنا يجب على البائع تمكين المشتري من إجراء التجربة . ويقصد المشتري من ذلك أن يتحقق لديه العلم الكافي بحقيقة المبيع قبل أن يرتبط بالعقد نهائيا . وتدخل التجربة بذلك في الوسائل التي يستعمل بها المشتري عن حقيقة الشيء الذي يقدم على شرائه .

ونتناول فيما يلي ببلن الأحكام الخاصة بتجربة المبيع في ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول : تجربة المبيع في القانون المدني.

المبحث الثاني : تجربة المبيع في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : مقارنة.

المبحث الأول

تجربة المبيع في القانون المدني

٣٦١- تمهيد:

اشتراط المشتري تجربة المبيع في القانون المدني يعتبر من الأوصاف المقترنة بالتراضي في عقد البيع والتي تعدل التزامات الطرفين فيه . كما أنه في الوقت ذاته وسيلة يتخذها المشتري للاستعلام والتحقق من مدى صلاحية الشيء المبيع لتحقيق الأغراض المخصصة له.

يتضح ذلك من خلال ما سنعرضه من بيان لمفهوم البيع بشرط التجربة ، وكيفية ثبوت الحق في التجربة ومحله، وكيفية مباشرة التجربة والغرض منها، ومدة التجربة والالتزامات المتقابلة للطرفين في البيع بالتجربة ، وطبيعة البيع بشرط التجربة والآثار المترتبة عليه .

وذلك على النحو التالي :

٣٦٢- تعريف البيع بشرط التجربة

عرفه جاتب من الفقه المصري بأنه : بيع يحتفظ فيه المشتري بخيار تجربة المبيع ليقرر ما إذا كان يروق له أم لا^(١) .

وعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه : بيع يعلق على شرط تجربة الشيء بحيث لا يصبح البيع باتاً إلا إذا ثبتت صلاحية الشيء للأغراض المخصصة لها^(٢).

ورأى أنه : بيع يعلق تملكه على شرط قبول المشتري للمبيع بعد تجربته والعلم بحقيقته.

(١) د/ عبد الحميد البدرأوى ، عقد البيع ، المرجع السابق ص ٨١.

(2) PLANIOL et RIPERT, T.X, vente, op. cit , n° 210, p. 248.

٣١٣- ثبوت الحق في التجربة:

الأصل أن حق المشتري في تجربة المبيع إنما يثبت بشرطه صراحة في العقد، واتفاق الطرفين عليه. حتى يتمكن المشتري من تجربة المبيع والتحقق من مدى صلاحيته لإشباع حاجته وتحقيق أغراضه، ولكن قد يثبت الحق في التجربة ضمناً، باستخلاصه من طبيعة الشيء المبيع أو ظروف التعاقد، أو من العرف والعادات في بعض أنواع المبيعات، كالملابس الجاهزة والسفن والطائرات وغيرها من المبيعات^(١)

٣١٤- محل الحق في التجربة:

الحق في التجربة يثبت للمشتري على الأشياء التي لا يمكن الاستئثار منها والتحقق من صلاحيتها إلا بعد استعمالها، وذلك كالملابس الجاهزة والسيارات والسفن والطائرات، والآلات الميكانيكية والإلكترونية ونظم المعلوماتية، والأجهزة الدقيقة والمعدة، وبعض الحيوانات، وهي في الغالب منقولات مفرزة^(٢).

(1) V. en ce sens:

- LORVELLEC (L) thèse précitée, n° 206; PP. 277 et 278.
- FILDERMAN (R) De la rétroactivité de la condition dans les conventions, thèse de doctorat. Paris éd. L.G.D.J., 1935, n° 83, p.73.
- MAZEAUD et CHABAS, par Juglart, t III, op. cit., n° 914, p 196.
- RIPERT et ROBLLOT, op. cit, n° 2514, p. 619.
- ENCYCLOPÉDI Dalloz, T.V. n° 172 p.14.
- MALAURIE et AYNÈS, t VIII, op. cit, n° 105, p.84.

(2) V. en ce sens:

- BIHL (luc) op. cit, n°289, pp. 139 et 140.
- Ducouloux - Favard (claud), op. cit, p.49.
- Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit, n°87, P.80.
- HUET (J), op. cit, n°11169, p.116.
- C.A paris, 27 Avril 1949, D,1949, P.519.
- C.A toulouse, 5 décem 1979, J.C.p,1980, IV, P.392.

- استاذنا الدكتور / عبد الرزاق مأمون، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص ٧٨.

ولكن لا يوجد مانع من أن يشترط الحق في التجربة بالنسبة للعقار كما لو اشترط المشتري لمنزل يريد سكناه ، أن يكون البيع بشرط التجربة^(١)

٣٦٥- كيفية مباشرة التجربة:

يجب على البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه . وليس من الضروري أن تكون التجربة في حضور البائع ، فيجوز للمشتري أن يجرب المبيع للإستيقاق من صلاحيته بعيدا عن البائع .

ويجوز للمشتري أن يستعين بشخص آخر كصديق أو خبير لمعاينة المبيع والقيام بتجربته وفي هذه الحالة يعتبر الشخص الذي قام بتجربة المبيع وكيلًا عن المشتري^(٢).

ويجوز أيضا في البيع بشرط التجربة ، أن يقوم البائع بالتجربة في حضور المشتري أو من يمثله كأحد أهل الخبرة^(٣).

وإذا مات المشتري قبل إجراء التجربة ، فإن حقه في التجربة ينتقل إلى الورثة ، لأنه يدخل في ذمته المالية^(٤).

ولا شك أن كيفية التجربة تختلف باختلاف الأشياء ، وإذا قام البائع بتفسير التجربة وتمكين المشتري منها ، فإنه يقع على عاتق المشتري

(١) د/ عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق ج٤ - ٦٨ - ١٣١.

(٢) د/ محمد كامل مرسى ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ج٤ - ٨٤ - ١٥٧.

- د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ج٢ - ١٠٢ - ١٧٢.

- د/ حسن الذنون ، عقد البيع المرجع السابق ج٨ - ٨٨ - ٧٧.

(3) BIHL (Iuc), oP. Cit, n° 290, p. 140.

- د/ حسام الدين الأهواني ، عقد البيع المرجع السابق ج٤ - ١٤٨ ص ١٠٧ .

(٤) د/ عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق ج٤ - ١٣٣ هامش (١)

- د/ حسن الذنون ، المرجع السابق ج٨ - ٨٨ - ٧٧.

الالتزام بمباشرة التجربة، والذي يمثل عبئا على عاتقه بالاستعلام عن المبيع^(١).

٣٦٦- الغرض من التجربة :

يفسد المشتري من اشتراط التجربة اختبار السلعة خلال مدة معينة للتعرف على أوصافها والتحقق ملائمتها، بحيث تعتبر التجربة طريقة اختبار مباشرة ، نقصد إلى ضمان حصول العلم الحقيقي بالشئء المبيع^(٢).

والحكم على نتيجة التجربة يختلف باختلاف الغرض المقصود من إجرائها. فقد يقصد المشتري من التجربة التأكد من صلاحية المبيع ففى ذاته لتحقيق الأغراض الأساسية التى وجد من أجلها . وقد يكون الغرض من التجربة الاستيثاق من ملائمة المبيع لحاجات المشتري وظروفه الشخصية ورغباته الخاصة.

وقد انقسم الفقه القانونى فى ترجيح أحد الغرضين على الآخر إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول : يذهب إلى اعتبار المعيار الموضوعى للمبيع بحيث يجب أن يكون الغرض من التجربة هو التأكد من صلاحية المبيع فى ذاته للوفاء بالأغراض المقصودة منه والتي وجد من أجلها^(٣) ويرتب على ذلك أن

(١)CHRISTIANOS (vassili), thèse précitée, pp. 89 et 90.

(2)V.en ce sens:

- LORVELLEC, (L) thèse précitée, n° 13, p.15.et n° 33, p.39., vente à l' essai, Juris classeur civil, 5/1985, n° 6 et 54, pp. 3 et 10.
- BIHL (LUC), op. cit, n°288 p139.
- Encyclopédi. Dalloz, t.v,n°171, p.14.
- Collart dutilleul et Delebecque, op. cit, n°87, p. 80.
- (3)PLANIOI et RIPERT, t,x,op.cit, n° 210 p 248.
- RIPERT et ROBLOT, op. cit, n° 2514, p. 619.
- Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit, n° 87,p.80.

المشتري لا يحق له نقض البيع ورفض المبيع ، إلا إذا كان المبيع فعلاً لا يصلح في ذاته لأداء الأغراض المقصودة منه عادة ، وإنه يحق للبائع أن يناقش المشتري في رأيه ، وأن يثبت صلاحية المبيع للغرض المعقد له عادة ، وللقاضى أن يحكم في ذلك مستعيناً برأى أهل الخبرة ، ولا يحق للمشتري أن يرفض المبيع قبل إجراء للتجربة فعلاً ، لأنه بذلك يمنع تحقق الشرط ، ويكون متصفاً في استعمال حقه في التجربة^(١).

الإتجاه الثاني ، يذهب إلى اعتبار المعيار الشخصي للمشتري ، بحيث يكون الغرض من التجربة هو الاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ويلبي أغراضه الذاتية ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة ، وتقدير مدى ملاءمة المبيع لحاجته الشخصية^(٢) .

وهو ما أخذ به القلقون المندى المصرى فى المادة (٤٢١) والتي تنص فى فقرتها الأولى على أنه : " فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه " ، وجاء فى المنكرة الإيضاحية للقانون المندى المصرى ، أن : " للمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم فى نتيجة التجربة " ^(٣).

ويترتب على الأخذ بالمعيار الشخصى أن يكون للمشتري الحرية المطلقة فى تقرير قبول المبيع أو رفضه بعد إجراء للتجربة وذلك بلا معقب عليه .

(1) PLANIOL et RIPERT, t.x, op. cit, n° 212, p.249.

- RIPERT et ROBLOT, op. cit, n° 2514, P.619.

(2) V. en ce sens:

- LORVELLEC(L) , Vente à l'essai, op. cit, n° 54, p.10.

- Ducouloux – Favard (claude), op. cit, p 48.

وانظر فى الفقه المصرى:

- د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٤ - ل٦٩ ص٢٣٧.

- د/ أنور سلطان ود/ جلال المدنى ، المرجع السابق ل٢١٥ ص١٦٣.

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ل٣١ ص٥١.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٦.

فلا يجوز للبائع أن ينزعه أو ينافقه في صلاحية المبيع أو عدمها، كما لا يمكن الاحتكام إلى الخبراء أو اللجوء إلى القضاء في ذلك ، لأن المشتري هو وحده صاحب الحق في تقدير مناسبة المبيع لأغراضه الشخصية أو عدم مناسبتها^(١)، ويحق للمشتري أن يرفض المبيع قبل إجراء التجربة ، كما يتمتع بهذا الحق للمطلق بعد التجربة^(٢)

ويرجع ذلك إلى أن الفكرة الجوهرية التي تكوّن حولها عملية البيع بشروط التجربة في القانون المدني المصري ، تكمن في أن المشتري لا يصدر قبولاً نهائياً إلا إذا جرب المبيع^(٣).

ولرى أن تحديد الغرض من التجربة يمكن الرجوع بشأنه إلى مصدر ثبوت الحق في التجربة وهو اتفاق المتعاقدين ، فإن قصداً من التجربة التحقق من صلاحية المبيع في ذاته ، كان للخبراء القول بالحسم ، وإن قصداً التحقق من مدى ملائمة الشيء لحاجة المشتري الشخصية ، كان للمشتري القول بالحسم . فإذا وقع شك في قصدهما ، فبقه طبقاً لنص المادة ٤٢١ / ١ منى مصرى ، وما جاء في المذكرة الإيضاحية ، يفترض أن الغرض من التجربة هو التحقق من مناسبة المبيع لحاجة المشتري الشخصية ، وهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك.

٣٦٧- مدة التجربة:

فى البيع بشرط التجربة يجب تعيين مدة محددة لى يستطيع المشتري تجربة المبيع وإعلان رأيه إلى البائع خلالها .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٢ لـ ٦٩ صـ ١٣٢.

- د/ عبد الفتاح عبد الهالى ، المرجع السابق لـ ٣١ صـ ٥١.

(٢) د/ مصطفى أحمد الرزقاء ، المرجع السابق لـ ٦٢ صـ ٨٩.

(٣) د/ محمد شتا أبو سعد . الشرط كوصف للرائى ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه صـ ١٥٤ ط ١٩٨٠ م

كلية الحقوق جامعة القاهرة.

وتحديد هذه المدة يتم في الغالب بالاتفاق عليها بين المتبايعين في عقد البيع بشرط التجربة ، فإن لم يكن هناك اتفاق صريح على المدة ، فإنه يمكن استخلاصها من العرف بحسب طبيعة الأشياء ، وإلا وجب على البائع تعيين مدة معقولة ، بحيث تكفي عادة لإجراء التجربة ، كما يجب عليه أن يطم المشتري بهذه المدة، ويجوز للمشتري في هذه الحالة إذا رأى أن المدة غير معقولة أن يتظلم إلى القضاء طالباً تحديد المدة المعقولة لمباشرة التجربة، وللقاضى كامل السلطة في تحديد طول المدة المعقولة^(١).

وللمشتري الحق في استعمال المبيع خلال مدة التجربة بغرض اختباره وتجربته^(٢) إلا أنه لا يجوز للمشتري التصرف في استعمال هذا الحق بزيادة استعمال المبيع عما تتطلبه عملية التجربة . كما لا يجوز له أن يستعمله استعمالاً غير عادى ، أو أن يستخدمه للحصول على منفعة أثناء فترة التجربة^(٣).

ويجب على المشتري مباشرة التجربة في المدة المثلقة عليها في العقد أو المحددة عرفاً ، أو التي قام البائع بتعيينها ، فإن لم يبشرها أو تأخر في إجراءاتها، كان للبائع أن يعتبر أن الشرط قد تخلف ، وله أن يتصرف في الشيء وأن يطلب التعويضات ، كما يمكنه أن يعتبر أن الشرط قد تحقق باحتفاظ المشتري بالشيء^(٤).

(١) د/ عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق لـ ٤٤ ص ٨٥.

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق لـ ٣١ ص ٥٢.

- د/ منصور مصطفى منصور المرجع السابق لـ ٤٩ ص ٨٥.

(2) MALAURIE et AYNÈS, T,VIII, op. cit., n°105, p.84.

- Collart Dutilleul et Delebecque, op. cit., n°87, p.80.

(٣) د/ حسام الدين الاموان المرجع السابق لـ ١٤٩ ص ١٠٨.

(٤) BIHL (LUC), op cit, n° 290, P.140.

- Encyclopédi Dallaz, T,V, n° 174, P.14.

ويلتزم المشتري بالمحافظة على المبيع أثناء فترة التجربة فإذا حدث للمبيع ضرر ناتج عن فعل المشتري أو خطئه ، التزم المشتري بتعويض البائع عن هذا الضرر^(١).

وإذا كان محل البيع عقراً فإنه يجب على المشتري أن يسجل عقد البيع من غير انتظار لإقضاء مدة التجربة حتى يتمكن له الاحتجاج بحقه تجله الغير الذي قد يحصل من البائع بعد البيع وقبل التسجيل على حقوق عينية تثقل للعقار المبيع^(٢).

ويجب على المشتري إيداع رأيه خلال فترة للتجربة ، فإذا انتهت المدة المحددة للتجربة ولم يعلن المشتري البائع بالقبول أو بالرفض ، اعتبر سكوته قبولاً للمبيع متى كان قد سكت مع تمكنه من تجربة المبيع ، ويصبح البيع باتاً ونهائياً^(٣) .

أما إذا أعلن المشتري قراره بالقبول أو الرفض في خلال المدة المحددة ، أصبح البيع باتاً ، أو اعتبر كأن لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض^(٤) فإذا لم يقم المشتري بالتجربة ولم يرد السلعة أثناء مدة التجربة ، فإن البيع يعتبر تاماً^(٥) وعلى هذا نصت المادة (٤٢١) في فقرتها الأولى بقولها: " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يضمن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففسي

^(١) د/ حسام الدين الأمواني ، المرجع السابق لـ ١٤٩ ص ١٠٩ .

^(٢) د/ محمد حلمي عيسى ، عقد البيع المرجع السابق لـ ٨٥٩ ص ٢٦٢ .

- د/ محمد كامل مرسى ، المرجع السابق لـ ٨٤ ص ١٥٦ .

- د/ محمد لبيب شبيب ود/ مجدى صبحى خليل المرجع السابق لـ ٦٦ ص ١٠١ .

^(٣) Collart Dutilleul et delebecque, op. cit, n°87, p. 81.

^(٤) د/ عبد النعم البدواي ، المرجع السابق لـ ٤ ص ٨٥ .

(5) Cass com, 5 octobre 1993, R.J.D.A, 3/94, n°276, P.231.

- Cass Com, 22 mai 1991, R.J.D.A, 10/91, n° 800, p-703.

مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوتة قبولاً^(١).

٢٦٨- الالتزامات المتقابلة في البيع بشرط التجربة .

إذا انعقد البيع مطلقاً على شرط التجربة فإنه يرتب التزامات معينة على عاتق كلا المتعاقدين .

- التزامات البائع : يقع على عاتق البائع التزام جوهرى يتمكن المشتري من إجراء التجربة على الشيء المبيع، حتى يستطيع المشتري الوقوف على حقيقة المبيع والتحقق من مدى ملاءمته لغرضه من الشراء ، ثم يعلن رأيه بقبول المبيع أو رفضه على أساس نتيجة التجربة^(٢) ومنذ تسليم الشيء لاستعماله فى التجربة تبدأ منتها^(٣) فإذا رفض البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع ، كان مخلاً بالتزامه ويتعرض للمسئولية حسب القواعد العامة فى العقد ، فيكون للمشتري إعدار البائع وإلزامه بتسليم المبيع إليه ليقوم بتجربته ، وله أن يطلب من القاضى الحكم عليه بغرامة تهييضية لحمة على ذلك إذا كان الحكم بالتسليم لا يمكن تنفيذه بغير تدخل البائع.

والمشتري أن يطلب فسخ البيع لإخلال البائع بالتزاماته وسواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ ، فإنه يكون له طلب تعويض الأضرار التى أصابته بسبب عدم قيام البائع بتمكينه من التجربة فى موعدها^(٤) .

(١) د/ عبد الرزاق السهرورى ، المرجع السابق ج٤ - ٦٩ - ١٣١.

- د/ عبد المنعم الهراوى ، المرجع السابق ل٤٤ - ٨٥.

- د/ محمد لبيب شنب ود/ محمدى صبحى خليل ، المرجع السابق ل٦٣ - ١٠١.

(2) LORVELLEC (L) vente à l'essai, op. cit, n°41, p.8.

(٣) د/ محمد لبيب ود/ محمدى صبحى خليل ، المرجع السابق ل٦٣ - ١٠٢.

- د/ عبد المنعم الهراوى ، المرجع السابق ل٤٤ - ٨٥.

ويعتبر البائع أثناء مدة التجربة حارساً على الشيء وله سلطة الرقابة واستعمال الشيء وإدارته^(١).

وإبرام البيع بشرط التجربة لا يعطى للبائع من التزامه بتزويد المشتري بالمعلومات والنصائح الضرورية عن المبيع ، والتي تسمح للمشتري بأن يقرر بنفسه في نهاية مدة التجربة ، مدى ملاءمة إبرام العقد المرتقب^(٢).
ولذلك قررت الدائرة للتجربة لمحكمة النقض الفرنسية مسئولية البائع عن العيب الذي يمكن أن يسبب خطورة عند استعمال الشيء في التجربة، إذا كان يعلم بهذا العيب ولم يحذر المستعمل منه ، وكان هذا العيب هو السبب الوحيد في الحادث لحاصل عند التجربة ، ولا يمكن أن يحول دون وقوع الحادث وجود العامل الفني للمشيء عند التجربة^(٣). ويرجع ذلك إلى أن من العيوب ما لا تستطيع التجربة المحددة إظهارها^(٤).

الالتزام المختبري،

يقع على عاتق المشتري الالتزام بإجراء التجربة ، وله حقوق وعليه التزامات المستعير خلال مدة التجربة^(٥).

فإذا اتضح له أن الشيء صالح لتحقيق الأغراض المخصص لها ، وجب على المشتري قبوله ، وليس له سلطة تقديرية في رفضه^(٦) ، أما إذا اتضح له أن المبيع لا يحقق حاجاته وأغراضه ورأى عدم قبوله، فيجب عليه حينئذ أن يعلن رفضه إلى البائع في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ، ففي المدة التي يحددها البائع بشرط أن تكون

(1) MALAURIE et AYNÈS, op. cit, t, VIII, n° 106, p. 85. Cass 2° civ, 19 mai 1969, Bull civ, II n°161, J.C.P, 1969, II, 16105.

(2) LORVELLEC, vente à l'essai, op. cit, n° 66, p.11.

(3) Cass 4° com, 24 novembre 1980, Bull. Civ, IV, n°392 p 315.

(4) LORVELLEC, vente à l'essai, op. cit, n° 65, P.11.

(5) FILDERMAN (R), Thèse précitée, n° 83, P.74.

(6) MALAURIE et AYNÈS, IBID, n° 105, P.84.

معقولة ، وإذا انقضت المدة المحددة للتجربة وسكت المشتري عن إعلان رأيه مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر هذا السكوت قبولاً (المادة ١/٤٢١ مدنى مصرى).

ويلتزم المشتري برد الشيء إلى البائع عند إخفاق التجربة^(١) فإذا رفض المشتري إجراء التجربة مع تمكنه منها ، ورفض المبيع دون تجربته ، كان للبائع أن يطلب فسخ البيع وذلك بعد إخبار المشتري بإجراء التجربة أو دون إخباره بحسب الأحوال^(٢) ، كما يكون له أن يطلب التنفيذ العينى لعقد البيع . ذلك لأن المشتري برفضه إجراء التجربة ، يعتبر أنه قد منع تحقق الشرط بخطئه ، فيعتبر الشرط متحققاً حكماً ، ويصبح البيع باتاً ويرتبط به المشتري نهائياً^(٣).

٣٦٩- طبيعة البيع بغير شرط التجربة،

اختلفت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للبيع بشرط التجربة إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول : يرى أن البيع بشرط التجربة يتمثل فى كونه وعداً بالبائع من جانب البائع ، يحتفظ فيه المشتري بخيار الشراء ويجعل القانون لقبوله أثراً رجعياً من تاريخ الوعد^(١) ولذلك يترك للمشتري الحرية المطلقة فى أن يشتري أو لا يشتري فلا يتقيد بالشراء ولو تحت شرط .

(1) LORVELLEC (Louis), thèse précitée, n° 315, p.444, vente à l'essai, op. cit, n° 59, p.10.

(2) MAZEAUD et CHABAS, op, cit, n° 914, P. 197.

(3) PLANIOL et RIPERT, op. cit, t.x. n°212, p.249.

د/ محمد لبيب خنب ود/ محمدى صبحى خليل ، المرجع السابق لـ ٦٣ ص ١٠٢ .

(١) د/ جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة أو المسماة - عقد البيع - ص ٦٠ وما بعدها ، ط ١٩٧٠م دار الفكر دمشق .

ولا يوجد العقد ما دام المشتري لم يعلن قبوله ويظهر رغبته في الشراء^(١).

وطبقاً لهذا الاتجاه لا ينعقد البيع ولو تحت شرط ، وإنما يوجد وعد بالبيع من جانب البائع ، فإذا تحقق المشتري من ملاءمة المبيع لحاجته الشخصية وأبدى رغبته في الشراء في المدة المتفق عليها تم البيع وبذلك يشابه البيع مع شرط التجربة بيع المذاق في القانون المدني المصري^(٢). الاتجاه الثاني : يرى أن البيع بشرط التجربة بيعاً مطلقاً على شرط واقف ، هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته وظهور ملاءمته لحاجته ، وإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه ، وذلك ما لم يتبين من الاتفاق أو للظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . وهو ما نصت عليه المادة (١٥٨٨) مدني فرنسي والمادة (٤٢١) مدني مصري في فقرتها الثانية بقولها : " ويعتبر البيع بشرط التجربة مطلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو للظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ". فالأصل أن يترك للمتعلقين الحرية المطلقة في جعل شرط التجربة شرطاً واقفاً أو فاسخاً ، إما بالاتفاق الصريح وإما بالاتفاق الضمني الذي يستفاد من القرائن وظروف الحال^(٣) أو أن يتفقوا على أن تكون التجربة عقداً سابقاً على عقد البيع لانهائي يمنح المشتري الحق في استئصال الشيء مجاناً كعقد القرض أو بمقابل كعقد الإيجار بقصد اختياره^(٤) .

(1) FILDERMAN (R), thèse précitée, n° 83, pp. 73 et 74.

(٢) د/ عبد النعم البدواي ، المرجع السابق ٤٣ ص ٨٢ ، ٨٣.

(3) LORVELLEC, vente à l'essai, op. cit, n° 17 et 18, p.5.

- د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ج٢ ف ٧٠ ص ١٣٤-١٣٥.

(4) LORVELLEC, vente à l'essai, op. cit, n° 20, p.5.

أو أن يتفقوا على اعتبار عقد التجربة ، عقد بيع يبرم مع الحق في فسخه والعودة عنه من جانب واحد لمصلحة المشتري^(١) ولكن إذا تم البيع بشرط التجربة ولم يتفق الطرفان على نوع الشرط ووصفه ، فيرجع في ذلك إلى القاتون الذي يجعل الأصل في البيع بشرط التجربة أن يكون مطلقاً على شرط واقف *vente sous condition suspensive* هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته والتحقق من ملامته وإعلان ذلك للبائع في المدة المتفق عليها^(٢).

الآن يأتي التاليف: يرى أن الأصل في البيع بشرط التجربة ، أن يكون بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ *vente sous condition résolutoire* لمصلحة المشتري هو عدم قبوله للمبيع بعد تجربته وإعلان البائع بهذا الرفض خلال المدة المتفق عليها^(٣).

(1) LORVELLEC, l'essai Dans les contrats, thèse précitée, n°147 et s., vente à l'essai, op. cit., n° 22. P.6.

(2) V.en ce sens:

- BIHL (luc), op. cit, n° 288, p. 139.
- GHESTIN (J) et DESCHÉ (B) la vente, op. cit, n° 564, p.632.
- Ducouloux – Favard (claud), op. cit, p 49 .

وانظر في الفقه المصري:

- د/ عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق جـ ٧٠ ص ١٣٤ .
- د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوي ، المرجع السابق لـ ٢١٧ ص ١٦٥ .
- د/ محمدليب شنب ود/ مجدى صبحى خليل المرجع السابق لـ ٦٢ ص ١٠٠ .

(3) V.par ex:

- LORVELLEC, thèse précitée, n° 147 et s. vente à l'essai, op. cit, n° 22, p.6.
- Collart Dutilleul et Delebecque, op, cit, n° 88, p.81.
- Cass com 5 Janvier 1984, J.C.P, 1984, éd, c.1., 13186.
- د/ مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق لـ ٥٧ ص ٧٩ - ٨٠ .

وهذا التكيف يتلاءم مع فرض الالتزام على عائق البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وتخويل المشتري للحق في استئصال الشيء بهدف اختياره خلال مدة التجربة^(١).

٢٧٠- الآثار التي يترتبها البيع بخراط التجربة:

يترتب على إبرام البيع بالتجربة آثار هامة ، من حيث :
الالتزامات التي يترتبها البيع على عائق كلا المتعاقدين ، وانتقال الملكية والمخاطر . وتختلف هذه الآثار باختلاف تكيف البيع بالتجربة ، وما إذا كان وعداً بالبائع أم بيعاً مطلقاً على شرط واقف ، أم بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ.

- الآثار المترتبة على تكيف البيع بخراط التجربة بأنه وعد وبالبائع من جاذبه البائع

يترتب على ذلك أن يلتزم البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع تنفيذاً لعقد الوعد ، كما يلتزم بإتمام البيع إذا أبدى المشتري قبوله خلال المدة المتفق عليها وأعلن البائع بذلك^(٢) بينما المشتري وهو المستفيد من الوعد لا يلتزم بشيء ، وهو يحتفظ بحريته كاملة في قبول التعاقد أو رفضه ، وهو يستطيع رفض التعاقد حتى لو راق له المبيع^(٣).

ولا يلتزم الواعد (البائع) بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ولا يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن ، لأن هذه الآثار لا يترتبها إلا عقد البيع النهائي إذا تم .
والتزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع والذي قد يتطلب تسليم المبيع إلى المشتري لإجراء التجربة ، لا يعتبر أثراً لعقد البيع النهائي ،

(1) MALAURIE et AYNÈS, OP. CIT, T, VIII, n° 105, P. 84,

- COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op. cit., n° 88, p. 81.

(٢) سليمان مرقص ، عقد البيع المرجع السابق ٦٢- ٦٤ هامش (٢).

(٣) د/ عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ٢٠٤- ٨٢.

وإنما يعتبر أثراً لعقد الوعد المنجز وتنفيذاً له. كما أنه التزام قانوني يقع على عاتق البائع بنص المادة (١/٤٢١) منى مصرى.
ويترتب على ذلك أيضاً أن يظل البائع - وهو الواعد - ملكاً للشيء المراد بيعه ، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لأنه لا يزال هو المالك ولكنه لا يسأل عن الضمان نحو الموعود له ، ما دام أن الهلاك كان بسبب لا يرجع إليه^(١).

- الآثار المقترحة على تكييفه البيع بخرط التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف.

يترتب على ذلك أنه قبل تحقق للشرط يبقى البيع معلقاً ولا ينتج أى أثر ، ويبقى البائع ملكاً والمخاطر على عتقه أثناء التجربة ، وبالتالي لا تنتقل الملكية إلى المشتري^(٢) وكل ما يترتب على بيع التجربة فى فترة التعليق ، هو التزام البائع بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، والتزام المشتري بإجراء هذه التجربة ، وفيما عدا ذلك لا يلتزم طرفا العقد بتنفيذ أى مسن الالتزامات التى تترتب على البيع^(٣).

ويرى بعض الفقه أن تكييف بيع التجربة بأنه معلق على شرط واقف لا يكفى لتفسير قيام التزام البائع بتمكين المشتري من تجربة للمبيع ، وأنه لابد فى تفسير ذلك من القول بأن عقد البيع يقترن باتفاق ضمنى بأن يلتزم البائع بموجبه بتمكين المشتري من التجربة^(٤).

(١) د/ عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، الجزء الأول - ٢٠٩ ص ٣٠٨ - ٣٠٩ ط ١٩٩٠ م مطبعة جامعة القاهرة .

(2) Encyclopédi Dalloz, T,V, n°171, p.14.

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق - ٣١ ص ٥٢.

- د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحى خليل المرجع السابق - ٦٢ ص ١٠٠.

(٣) د/ محمد لبيب شنب ود/ مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق - ٦٢ ص ١٠٠.

(٤) د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق - ٣٩ ص ٦٦.

وتكليف البيع بالتجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف ، لا يجعل من التجربة شرطاً إرادية محضاً متوقفاً على إرادة المشتري حتى ولو كان المقصود من التجربة التحقق من ملاءمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية . ذلك لأن المشتري هو الدائن بنقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن . أما الشرط الإرادي المحض الذي يبطل العقد ، فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . وإذا كان المشتري مدنياً يدفع الثمن ، فهو فى ذات الوقت دائن بالحق فى انتقال الملكية إليه . فإذا ألغى التزامه بدفع الثمن بإرادته المحضة ألغى فى مقابل ذلك حقه فى انتقال الملكية إليه . فضلاً عن أنه إذا كان المقصود بالتجربة تبين صلاحية المبيع فى ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء^(١) .

ومتى تحقق الشرط الواقف بنعام التجربة وقبول المشتري للمبيع ، أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية باتة بأثر رجعى ، فتستند إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى أيضاً ويستند زوالها إلى وقت البيع . كما تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة وتبقى تلك التى ترتبت

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٢ ، قـ ٧٠ ص ١٣٥ هامش (١)

— د/ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق قـ ٨٤ ص ١٥٧ .

— د/ أنور سلطان ود/ جلال العلوى ، المرجع السابق قـ ٢١٧ ص ١٦٥ .

من جهة المشتري^(١) ، ويكون للمشتري التمسك بحقه قبل الغير من دائني البائع الذين يحجزون على الشيء بعد البيع^(٢) .

أما إذا لم يتحقق الشرط بأن رفض المشتري المبيع وأعلن هذا الرفض للبائع في الميعاد ، أو استحالة التجربة بهلاك المبيع مثلاً ، فإن العقد يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول معه ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف وتصبح ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية باقية منذ البداية وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التي ترتبت من جهة المشتري^(٣) .

ويلاحظ أنه إذا انقضت مدة التجربة وسكت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من التجربة ، فإن سكوته هذا قد جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع وتجرى الأحكام المقررة عند تحقق الشرط الواقف^(٤) .

(1) V. en ce sens:

- MAZEAUD et CHABAS, OP. Cit, n° 914, p. 197,
- CHESTIN et DESCHÉ, LA VENTE, op. cit., n°564, p. 632.
- BIHL (luc) , op, cit ., n°292, p.141.

وانظر في اللغة المصرية

د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق جزء ٧٠ ص ١٣٥ .

- د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ١٠٩ ص ١٧١

- د/ محمد ليب شنب ود/ مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ٦٧ ص ١٠٩ .

(2) BIHL (luc), op. cit., n°292, p141.

- د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ١٠٩ ص ١٧١ .

(3) انظر ل هذا المعنى :

- د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق جزء ٧٠ ص ١٣٥ .

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ٣١ ص ٥٢ .

- د/ توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ١٠٩ ص ١٧١ .

(4) د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق جزء ٧٠ ص ١٣٥ .

وهو ما قرره الملة (٤٢١) مدنى مصرى ، والتي تنص فى فقرتها الأولى على أنه : " إذا انقضت المدة وسكت للمشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

الآثار المقررة على تطبيقه البيع بشرط التجربة بأنه بيع معلق على شرط فاسخ ،

يترتب على ذلك أن البيع ينعقد منذ البداية ويرتب جميع آثاره فى الحال فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط بأن رفض المشتري المبيع بعد تجربته وتبين عدم ملاءمته لحاجته ، ففى هذه الحالة يفسخ البيع بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، وحينئذ يعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع ، والبائع كأنه هو المالك منذ البداية وتزول كل الحقوق التى ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التى ترتبت من جهة البائع . أما إذا تخلف الشرط بقبول المشتري للمبيع حقيقة أو حكماً ، فإن البيع يصبح باتاً ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية باتة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى ، وتبقى الحقوق التى ترتبت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التى ترتبت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك المبيع بسبب أجنبى فاته يهلك على المشتري لا على البائع ، لأن المالك ينتقل إلى المشتري بالعقد المعلق على شرط فاسخ ، فهلاك

(١) انظر ل هذا المعنى

- د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٤ - ٧١ - ١٣٦ - ١٣٧ .

- د/ عبد السلام البناوى ، المرجع السابق ٤٣ - ٨٣ .

- د/ محمد إيب خب ود/ مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ٦٢ - ١٠١ .

المبيع يكون حينئذ على مالكه وهو المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعي ، وفقاً للمادة (٢/٢٧٠) مدنى مصرى^(١). وأرى أنه إما كان تكليف البيع بشرط التجربة والآثر المترتبة عليه ، فإن هذا لا يغير من الفكرة الجوهرية التى تكور حولها عملية البيع بشرط التجربة ، وهى أن المشتري لا يصدر قبولاً نهائياً إلا إذا جرب المبيع ، وعلى أساس النتيجة يجوز له أن يقبل المبيع أو أن يرفضه . ولذلك أؤيد ما ذهب إليه المشرع المصرى من اعتبار البيع بشرط التجربة بيعاً مطلقاً على شرط ولقف بحسب الأصل (المادة ٤٢١ / ٢ مدنى مصرى) ، وهو ما يجعل من شرط التجربة وسيلة من وسائل تحقق العلم بالمبيع ، فالمشتري لن يرتبط بالعقد نهائياً إلا إذا جرب المبيع وتحقق من مدى ملاءمته لغرضه من الشراء .

^(١) د/ عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٢ - ص ٧١ - ١٣٧.

المبحث الثاني

التجربة في الفقه الإسلامي

٢٧١- تمهيد :

يتناول الفقه الإسلامي بيان حقيقة التجربة كطريقة للاستعلام عن المبيع ،
والطم بحقيقته ، للوقوف على مدى ملائمته للغرض من الشراء من خلال
ما يعرف بنظام خيار الشرط في الفقه الإسلامي وخاصة إذا كان اشتراط
الخيار حاصلًا من المشتري لاختبار المبيع والتعرف على حقيقته ولذلك
نتناول فيما يلي بيان كيفية اختبار المبيع بتجربته من خلال أحكام خيار
الشرط في الفقه الإسلامي.

٢٧٢- تعريفه خيار الشرط في اللغة :

الخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار ومعناه طلب خير الأمرين أو
الأمر^(١).

أما الشرط ، فيكون الرأى : فمعناه اللغوي : إلزام الشيء والتزامه في البيع
ونحوه ، والجمع شروط . ويأتى بمعنى العلامة والجمع أشراط .
والاشتراط : العلامة يجعلها الناس بينهم^(٢) .
وإضافة لفظ (الخيار) إلى لفظ (الشرط) إضافة حقيقة ، وهى إضافة
الشيء إلى سببه ، لأن الشرط سبب للخيار^(٣).

(١) لسان العرب ، مادة (خبر) جـ ٢ ص ١٢٩٩ و ١٣٠٠ .

(٢) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا جـ ٣ ص ٢٠٦ ط . أولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

دار الجليل بيروت بتحقيق عبد السلام محمد هارون . لسان العرب مادة " شرط " جـ ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ١١٠ ، رد مختار جـ ٤ ص ٦٩ .

وصورة هذه الإضافة هي من إضافة الموصوف إلى الصفة فالأصل الخيار المشروط ، بناء على أن (الشرط) مصدر بمعنى اسم المفعول^(١).

٢٧٣- تعريضة خيار الخروط في اصطلاح الفقهاء :

عرفه العلامة ابن عابدين بقوله : إن خيار للشرط مركب إضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على : ما يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ^(٢).

وعرفه جانب من الفقه المعاصر بقوله : يقصد بخيار الشرط أو شرط الخيار ، أن يشترط العاقدان أو أحدهما مدة يتروى فيها بين إمضاء العقد أو فسخه في أثناء هذه المدة^(٣).

٢٧٤- حكمة مخروجة خيار الخروط:

الحكمة من جواز اشتراط الخيار لأحد المتعاقدين أو لكليهما هي : تحقيق مصلحة المتعاقدين بتكنيه من التروى ، أى التأمل في صلاحية الشيء وسد حاجته في الشراء .

والتروى سبيله أمران:

١- للمشورة للوصول إلى الرأي الحميد .

٢- الاختبار ، وهو تبين خبر الشيء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه^(٤).

(١) رد المختار ج٤ ص٧١.

(٢) رد المختار ج٤ ص٧١.

(٣) د/ علي أحمد مرعي ، خيار الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون ص١٠ العدد التاسع ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م تصدر عن كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

(٤) د/ عبد الستار عبد الكريم أو غدة ، الخيارات وأثرها في الصفقات الرمالية السابقة ص١٧ ، الموسوعة الفقهية ج٢ ص٦٤٠ وزارة الأوقاف الكويت.

وقد عبر عن ذلك العلامة ابن رشد الجسد^(١) بقوله: "والخيرار يكون لوجهين: المشورة ولختبار المبيع أو لأحد الوجهين"^(٢). وقال أيضاً: "العلة في إجازة البيع على الخيار، حاجة للناس إلى المشورة فيه أو الاختيار"^(٣).

٢٧٥- آراء الفقهاء في مشروعية خيار الشرط:

أجمع جمهور الفقه الإسلامي، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية والإمامية على مشروعية خيار الشرط^(٤) وقد خالف فسي ذلك العلامة ابن جزم، واعتبر أن كل بيع وقع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري أولهما جمعياً، فهو باطل، إلا أنه ذهب إلى أن من يقول حين يبيع أو يبتاع: لا خلافة، فله الخيار ثلاثة أيام إن شاء رد البيع وإن شاء أمضاه، فإن قال لفظاً غير لا خلافة لم يثبت له الخيار^(٥).

٢٧٦- أحالة الفريقين والترحيع بينهما:

استدل جمهور الفقه الإسلامي على مشروعية خيار الشرط بالسنة والإجماع.

(١) العلامة ابن رشد الجد، هو: قاضي الجماعة أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، زعيم فقهاء المالكية في عصره، وهو جد ابن رشد الفيلسوف محمد بن أحمد، ولد سنة ٤٥٠هـ وتولى قضاء الجماعة بقرطبة سنة ٥١١هـ وله تأليف جيدة منها البيان والتحصيل في أكثر من عشرين مجلداً والمقدمات المهمات وغيرها. وتولى رحمه الله سنة ٥٢٠هـ.

(٢) الديباج المنهب ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٣) للمقدمات المهمات ج ٢ ص ٥٥٧.

(٤) للمقدمات المهمات ج ٢ ص ٥٥٩.

(٥) فتح القدير ج ٥ ص ١١١، مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٠٩، المجموع ج ٩ ص ١٩٠ و ٢٢٥، كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٢، البحر الزخار ج ٤ ص ٣٤٨، المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٤٥.

(٥) غلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٢٨ و ٣٣٩ مسألة رقم (١٤٢١).

- أما الصلة - فما رواه الدارقطني عن محمد بن إسحاق ، قال : أخبرنا نافع أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما حدثه أن رجلاً من الأنصار كان بلسانه لوثة، وكان لا يزال يغبن في البيوع ، فأتى رسول الله - ﷺ - فذكر ذلك له ، فقال : " إذا بيعت فقل : لا خلاية مرتين " . وقال محمد بن إسحاق : حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال : هو جدى منقذ بن عمرو ، وكان رجلاً قد أصلفته أمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعته عقله ، وكان لا يدع للتجارة ولا يزال يغبن فأتى رسول الله - ﷺ - فذكر له ذلك ، فقال : " إذا بيعت فقل : لا خلاية ، ثم أنت في كل سلعة تتبايعها بالخيار ثلاث ليل ، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردها على صاحبها" ^(١) .
- وجه الدلالة ، يدل الحديث على جواز اشتراط الخيار خلال مدة معقومة ، للتروى والمشورة أو اختبار المبيع للوقوف على حقيقته ، بما يرفع الغبن والخديعة .
- وأما الإجماع ، فإن شرط الخيار جاز بالإجماع إذا كفت مدته معقومة ^(٢) ، قال العلامة ابن الهمام : " وشرط الخيار مجمع عليه" ^(٣) .
- واستدل العلامة ابن حزم على بطلان البيع الذى شرط فيه الخيار بأنه لم يتم دليل على صحة هذا البيع فيكون غير مشروع .
- واستدل على ثبوت الخيار لمن قال : لا خلاية ، بقول النبى - ﷺ - لحبان بن منقذ ^(٤) : " إذا بيعت فقل : لا خلاية ، ثم أنت في كل سلعة تتبايعها

(١) رواه الدارقطني ، سنن الدارقطني جـ ٣ ص ٥٦ ط دار احسان وط عالم الكتب بيروت .

(٢) المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٩٠ و ٢٢٥ .

(٣) شرح فتح القدير على الهداية جـ ٥ ص ١١١ .

(٤) الصحاح حبان بن منقذ ، هو : حبان بن منقذ بن عمرو عطية الأنصارى الخزرجى النجاشى من أجداد الصحابة ، شهد أحداً وما يعلما وتولى في خلافة عثمان رضى الله عنه ، وقصة الحديث كما تنسب لحبان تنسب لأبيه منقذ بن عمرو .

(٥) الاستيعاب جـ ١ ص ٣٦٤ ، الإصابة جـ ١ ص ٣٠٢ .

بالخيار ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك وإن مسخت فارددها على صاحبها".

وجه الدلالة ، أن الخيار في الحديث ثبت مترتباً على قول العاقد : لا خلاية ، فإذا لم يقل العاقد لا خلاية فلا يثبت له الخيار لأن الرسول - ﷺ - إذا أمر ففى الديانة بأمر ونص فيها بلفظ ما ، لم يجز تعدى هذا اللفظ إلى غيره^(١).
- الترجيع ،

أرى رجحان مذهب جمهور الفقهاء فى مشروعية اشتراط الخيار لقوة أدلتهم ، ولما فى الأخذ به من تحقيق لمصلحة الناس وسد حاجتهم فى شراء السلع ، واشتراط اختبارها وتجربتها أو استشارة أهل الخبرة بها . وبذلك يتحقق لدى المشتري العلم الكافى بحقيقة السلعة التى يقدم على شرائها ، ويرتفع عنه الغبن والغبن والخديعة.

٢٧٧- هروابط قيام الخيار

لكى يقوم الحق فى الخيار فلا بد من توافر شروط معينة وهذه الشروط ليست محل اتفاق بين المذاهب ، فهى متفاوتة العدد بين مذهب وآخر . ونبين فيما يلى أهم هذه الشروط.

١- شرط المقارنة للعقد:

المراد من المقارنة للعقد أن يحصل اشتراط الخيار مع انعقاد العقد ، أو لاحقاً به ، لا أن يسبق الاشتراط للعقد ، فلا يصح اشتراط الخيار قبل إجراء العقد ، لأن الخيار كصفة للعقد فلا ينكر قبل الموصوف^(٢).

(١) الخلى لابن حزم ج٩ ص٣٩٢ و٣٩٣ مسألة رقم (١٤٢١).

(٢) حاشية المنوى ج٢ ص١٤٣ ، المجموع شرح المهلب ج٩ ص١٩٤ ، مغنى المحتاج ج٢ ص٤٨ ،

كشف القناع ج٣ ص٢٠٢ ، البدع فى شرح المنع ج٤ ص٩٧ شرح تنهية الإرادات ج٢

ص١٦٨ ، البحر الزخار ج٤ ص٣٤٨.

وإذا كان الخيار عند الملكية لا يثبت إلا بالشرط، فيكون للمشتري اختبار المبيع وتجربته إذا اشترط ذلك صراحة في العقد ، إلا أنه قد يثبت الحق في الخيار حكماً إذا جرت العادة بذلك، كما لو جرى العرف بركوب الدابة لاختبارها . فيكون للمشتري ذلك ولو لم يشترطه صراحة ، وهو الصحيح عند الملكية^(١).

٢- شرط التوقيف أو معلومية المدة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من تقييد الخيار بمدة معلومة حتى لا يكون الخيار سبباً من أسباب الجهالة للفاحشة التي تؤدي إلى التنازع^(٢)، وتحديد المدة قد يتم بالاتفاق عليه صراحة بين المتعاقدين أو يستفاد حكماً من العرف الجاري في التعامل . وفي ذلك يقول العلامة العدوي : " إذا ضربا لذلك أجلاً أى حقيقة أو حكماً الأول ظاهر والثاني كما لو كان لهما عرف شرعى فى أجل الخيار وقد دخلوا على الخيار^(٣)"

- الحد الأقصى لمدة الخيار،

اختلفت مذاهب الفقهاء حول الحد الأقصى لمدة الخيار إلى ثلاثة اتجاهات الاتجاه الأول ،

يرى الإمامان أبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية والحنابلة ، جواز اتفاق المتعاقدين فى خيار الشرط على أى مدة مهما طالت . لحديث : " المملعون عند شروطهم " والذي يفيد وجوب الوفاء بالشرط ، ويدخل فى

(١) مواهب الجليل ج٤ ص ٤١١ ، الشرح الكبير للزبدى وحاشية المنوقى عليه ج٢ ص ٩١ و ٩٢ .

(٢) المبوط ج١٣ ص ٤٩ ، الوسوعة الفقهية ج٢ ، ٢ ص ٨٦ .

(٣) حاشية العدوي ج٢ ص ١٤٢ .

ذلك شرط الخيار سواء كانت المدة طويلة أم قصيرة . ولأن الخيار يعتمد على الشرط من العقد فيرجع إليه في تقديره^(١)

الاتجاه الثاني :

يرى فقهاء المملكية أن مدة الخيار تختلف بحسب الغرض من الخيار وطبيعة المبيع فيجوز للمتعاقدین الاتفاق على حد أقصى لمدة الخيار فسي حدود المعتاد ويختلف ذلك باختلاف المبيعات.

فهني العقار ،

تحدد مدة الخيار فيه للاختبار والتجربة بشهر وستة أيام ويلحق بها يومان للتمكين من رد المبيع قال العلامة العدوي : " والدار الشهر ونحوه وهي ستة أيام لاختبار جدرها وأسسها ومرافقها ومكاتبها وجيرانها ، ومثل الدار الأرض وبقية أنواع العقارات"^(٢).

وهي الدواب :

تختلف المدة بحسب المقصود من الخيار فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها ، فأقصى مئته ثلاثة أيام ، ويلحق بها يوما واحد لتمكين المشتري من رد المبيع ، وإن كان المقصود من الخيار اختبار ركوبها وسيرها في البلد نفسه فالمدة يوم واحد ، فإن كان خارجه فأقصى المدة يريد عند ابن القاسم^(٣) وبريدان عند أشهب^(٤) .

(١) المبوط للرخسي جـ ١٣ ص ٤١ ، المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٩٠ شرح منتهى الإرادات جـ ٢ ص ١٦٨ .

(٢) حاشية العدوي جـ ٢ ص ١٤٣ .

(٣) العلامة ابن القاسم ، هو : أبو عبد الله بن عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، فقيه مالكي ، جمع بين الزهد والعلم ، ولد سنة ١٣٢ هـ وأخذ عن الإمامين مالك والليث وغيرهما ، وعنه أخذ محدثون وابن عبد الحكم وغيرهما ، له كتاب المئونة سنة عشرة جزءاً وهي من أجل كتب المملكية ، تولى رده الله سنة ١٩١ هـ . (الدياج ١٤٦ ، الوفيات جـ ١ ص ٢٧٦) .

(٤) البريد: سفر نصف يوم بالسو المعتاد . الشرح الكبير وحاشية الدموقي جـ ٢ ص ٩٣ ، حاشية العدوي جـ ٢ ص ١٤٣ .

وهي بقية الأشياء .

مثل الثياب والعروض والمثليات فإن أقصى المدة هي ثلاثة أيام ويلحق بها يوم واحد لتمكين المشتري من الرد وقد أطلق العلامة الخرخشي لفظ المثليات على كل ما عدا (الرقيق والغفار والدواب)، وبالرغم من شمول المثليات للخضر والفواكه إلا أن لهذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتهما الخاصة من تسارع التلف إليهما ، فتقدر مدة الخيار فيهما ، بالمدة التي لا تتغير فيها^(١) ومن ثم تقدر مدة التجربة بقدر ما يختبر به المبيع في العادة ، وهي تختلف باختلاف المبيعات^(٢).

الاتجاه الثالث:

يرى أن مدة خيار الشرط هي ثلاثة أيام بلياليها مهما كانت طبيعة المعقود عليه ، فيمنع مجاوزتها . وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وصاحبه الإمام زفر^(٣) ومذهب الإمام الشافعي في الوجه المشهور عنه . واستدلوا بالحديث السابق في مشروعية خيار الشرط والذي يفيد أن النسي - ٢ - قد بين أن مدة الخيار قدرها ثلاثة أيام فلا يزداد عليها . وبالمعقول : وهو أن خيار الشرط ثبت على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما ورد به النص^(٤).

(١) حاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٩٣ ، حاشية العلوي جـ ٢ ص ١٤٣ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه جـ ٣ ص ٩١ ٩٢ البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٤٨ .

(٣) الإمام زفر ، هو : زفر بن الحليل بن قيس العنزي ، من كبار فقهاء الحنفية وأحد أصحاب أبي حنيفة ، جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي ، ولد سنة ١١٠ هـ وتوفي رحمه الله بالبصرة سنة ١٥٨ هـ . (الجواهر المضية جـ ١ ص ٢٤٣ ، الفوائد البهية ص ٧٥) .

(٤) كمين الحقائق جـ ٤ ص ١٤ ، شرح فتح القدير جـ ٥ ص ١١١ ، رد المحتار جـ ٤ ص ٧٢ ، البسوط

جـ ١٣ ص ٤١ ، المجموع جـ ٩ ص ١٩٠ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٧ .

فإذا زادت مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق القائل بالتحديد بها ، فالعقد فاسد عند الإمام أبي حنيفة وزفر ويأطل عند الإمام الشافعي^(١) .

وإذا لم تحدد مدة الخيار حقيقة أو حكماً ، كان العقد فاسداً عند الحنفية وباطلاً عند الشافعية والحنابلة ، وروى عن الإمام أحمد بطلان الشرط دون العقد^(٢) وذهب المالكية إلى صحة العقد وتعديل الشرط بتحويل القاضى سلطة تحديد المدة المألوفة فى العادة لاختبار مثل السلعة التى هى محل العقد ، لأن الخيار مقيد بالعرف والعادة ، فإذا أطلق حمل عليه^(٣) .

٣ - خرط اتصال مدة الخيار وهو الاتصاف :

يجب أن تبدأ مدة الخيار من يوم إبرام العقد لا تتراخى عنه وإن تتابع أجزاؤها بدون انقطاع . وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) قال العلامة النووى : " ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد "^(٢) .

٢٧٨- صاحب البعق فى خيار الخرط :

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية خيار الشرط على أنه يجوز شرط الخيار لكل واحد من العالدين ، ويجوز شرطه لأحدهما دون الآخر .

(١) بين الحقائق ج ٤ ص ١٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ١١١ ، المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٩٠ و ١٩٤ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٧ .

(٢) بين الحقائق ج ٤ ص ١٦ ، المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٩٠ ، كشاف النواع من مق الإصناع ج ٢ ص ٢٠٣ .

(٣) المقدمات المهمات ج ٢ ص ٥٦٠ ، حاشية المدعى ج ٢ ص ١٤٢ .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١١١ ، المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٩١ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٨ ، الشرح الكبير للمقلى مع المغنى ج ٤ ص ٦٩ .

(٢) المجموع للنووى ج ٩ ص ١٩١ .

واختلفوا في شرط الخيار لغير العاقدين ، كأن يشترطه العاقدان أو أحدهما لأجنبي عن العقد فذهب الإمام أبي حنيفة وصاحباہ والإمام مالك والإمام الشافعي إلى أن ذلك لا يجوز^(١) .

واستدل من ذهب إلى الجواز بأن الحاجة التي دعت إلى شرط الخيار للعاقد ، قد تدعوه إلى أن يشترط الخيار لغيره لكونه أعرف بالحال منه ، وفي ذلك مصلحة ظاهرة حين يكون المتعاقد قليل الخبرة بالأشياء ويخشى الوقوع في الغبن فيلجأ إلى من هو أبصر منه ويفوض إليه الخيار . قال العلامة السرخسي : "لأن جواز اشتراط الخيار للحاجة إلى دفع الغبن وقد يشتري الإنسان شيئا وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتديا فيه من صديق أو قريب حتى ينظر إليه"^(٢) .

ويثبت الخيار للأجنبي والعاقد الذي شرط له الخيار وذلك عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه والحنابلة والشافعية في وجه .

وذلك لأن شرط العاقد الخيار للأجنبي في معنى شرط العاقد الخيار لنفسه ، لأنه يجعل الغير نائبا عنه في التصرف بحكم الخيار ، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار للعاقد^(٣) .

والأصح عند الشافعية أن الخيار في هذه الحالة يثبت للأجنبي دون العاقد ، لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط وقد شرطه العاقد لا لنفسه بل للأجنبي فيثبت الخيار لمن شرط له^(٤) .

(١) المبسوط للسرخسي جـ ١٣ ص ٤٧ فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٦ القدمات للمهدات جـ ٢ ص ٥٦٠ المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٩٦ ، ٢١٠ مفتي إحتاج جـ ٢ ص ٤٦ و ٤٧ الشرح الكبير مع المفتي جـ ٤ ص ٦٩ البحر الزخار جـ ٤ ص ٢٤٨ و ٢٤٩ .

(٢) المبسوط للسرخسي جـ ١٣ ص ٤٧ .

(٣) المبسوط جـ ١٣ ص ٤٧ ، د. علي أحمد مرعي البحث السابق ص ٢٢ .

(٤) المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ١٩٥ ، مفتي إحتاج جـ ٢ ص ٤٦ .

قال العلامة المرغيناني^(١) : "إن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له إقتضاء ثم يجعل هو نقبا عنه"^(٢) .
- آثار خيار الشرط :

يترتب على ثبوت خيار الشرط آثار معينة ، منها ما يتعلق بالالتزام
بالتسليم ومنها ما يتعلق بانتقال الملك .

٣٧٩- أولا : أثر الخيار على الالتزام بالتسليم :

اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البديلين في مدة الخيار في حال
الإطلاق وعدم اشتراط التسليم . فليس بواجب على البائع تسليم المبيع
ابتداء ، ولا يجب على المشتري تسليم الثمن ابتداء ، وذلك لاحتمال
الفسخ ما لم تمضي مدة الخيار ، أو يسقط صاحب الخيار خياره^(٣) .
وأما التسليم للمبيع أو الثمن اختيارا وطوعية فلا مانع منه ولا يبطل
الخيار ، وذلك بشرط أن يكون تسليم البائع للمبيع على وجه الاختيار
والنظر في صلاحيته أو عدمه . أما إن سلمه للمبيع على وجه التمليك -
والخيار للبائع - فإن خياره يبطل^(٤) .

^(١) العلامة المرغيناني : هو الإمام علي بن أبي بكر بن عبد الجليل القرطبي المرغيناني ، كان رحمه الله فقهيا حافظا ،
محدثا مفسرا جامعاً للعلوم ضابطاً للفتوى ، زاهدا ورعا ، أصوليا أدبيا شاعرا ، تفقه على جماعة من أكابر الحنفية
منهم نجم الدين أبو حفص السلي ، وأخذ عنه جمع منهم العلامة شمس الأئمة الكردى ، وله الكثير من التصانيف
منها الهداية وهو كتاب نفيس ومشهور ، ولد رحمه الله سنة ٥١١ هـ ، وتوفي سنة ٥٩٣ هـ ودفن بسمرقند .
(المجاهد المصنعة جـ ٢ ص ٦٢٧ ، القوائد الهية ص ١٤١) .

^(٢) الهداية للمرغيناني وشروحها النجاة وفتح القلندر جـ ٥ ص ١٢٧ .

^(٣) شرح فتح القلندر جـ ٥ ص ١٢٦ .

^(٤) حاشية للمصنف جـ ٣ ص ٩٥ ، المجموع للنووي جـ ٩ ص ٢٢١ ، ٢٢٣ .

٢٨٠- اشتراط تسليم المبيع لتجربته :

إذا بين المشتري عند اشتراطه الخيار أن غرضه من الخيار هو اختبار المبيع وتجربته للنظر في مدى صلاحيته لاشباع حاجته ، واشتراط على البائع قبض المبيع لتجربته ففي هذه الحالة يجبر البائع على تسليم المبيع الى المشتري لتجربته . وفي هذا يقول العلامة الندوي : "إن كان الخيار لاختبار أكل السلعة أو عملها أو لبثها فمحلها عند المشتري ويلزم البائع تسليمها (أي السلعة) للمشتري إن بين ذلك وقت العقد" (١) .

ويقول العلامة ابن رشد : "اشتراط المشتري الخيار ولم يبين أنه إنما يشترط الخيار للاختبار ، ولراد قبض السلعة ليختبرها ، وأبى البائع دفعها إليه ، وقال : إنما لك المشورة ، إذ لم تشترط قبض السلعة في أمد الخيار للاختبار ، فالقول قول البائع ولا يلزمه دفعها إليه إلا أن يشترط ذلك عليه" (٢) .

٢٨١- استخدام المبيع والتصرف فيه بما يحصل به التجربة :

الأصل أنه لا يجوز لأحد المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار ، لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ، ولا انقطعت عنه غلته فيتصرف فيه المشتري (٣) . ولكن إذا كان التصرف في المبيع واستخدامه بغرض تجربته واختبار حاله فإنه يجوز ، كسكنى الدار لاختبار جدرانها وأسسها ومرافقها ومكاتها وجيرانها ، وبس الثوب لمعرفة طولسه أو قصره أو عرضه ، وركوب الدابة لمعرفة سيرها ، أو اختبار قوتها وأكلها ، وحلب الشاة لمعرفة قدر لبثها ، والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك مما

(١) حاشية الندوي ج ٢ ص ١٤٣ .

(٢) المقدمات المهملات ج ٢ ص ٥٥٨ .

(٣) البدع في شرح الفقه ج ٤ ص ٧٢ ، الشرح الكبير للمعنى مع الفقه ج ٤ ص ٧٢ .

تحصل به تجربة المبيع^(١)، ولا يسقط خيار المشتري بذلك لأنه المقصود من الخيار فلم يبطل به^(٢).

ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها ، وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته^(٣).

وبذلك تعتبر التجربة في الفقه الإسلامي طريقة للاستعلام عن المبيع والعلم بحقيقته ، وقيام المشتري بها لا يسقط حقه في الخيار لأنها المقصودة من الخيار . قال العلامة ابن قدامة المقدسي : «فأما ما يستعمل به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراحتها والطحن على الرحى ليعلم قدره ، ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ، ولا يبطل به الخيار ، لأنه المقصود بالخيار»^(٤).

٢٨٢-ثانياً : أثر الخيار على انتقال الملك ،

اختلفت آراء الفقهاء حول أثر خيار الشرط على انتقال الملك .

مذهب الحنفية ، إذا كان الخيار للمتعلقين معها ، فإنه يمنع انتقال الملك في البديلين^(٥) ، قال العلامة الكاساني^(٦) : «إن كان الخيار لهما فلا يتعقد

^(١) بدائع الصنائع ج٢ ص ٣٣٠٩ ، الشرح الكبير للرددير وحاشية الموقفي عليه ج٢ ص ٩٢ ، حاشية العلوي ج٢ ص ١٤٣ ، الشرح الكبير للمقدسي مع ألفي ج٢ ص ٧٢ و ٧٣ ، كنز العمال ج٢ ص ٢٠٨ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ١٧١ و ١٧٢ ، البدع في شرح المنع ج٢ ص ٧٢ .

^(٢) شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ١٧١ و ١٧٢ .

^(٣) الشرح الكبير للمقدسي مع ألفي ج٢ ص ٧٤ .

^(٤) الشرح الكبير للمقدسي مع ألفي ج٢ ص ٧٣ و ٧٤ .

^(٥) شرح العناية على المبدئية وفتح القدير ج٢ ص ١١٥ ود اخطار ج٢ ص ٧٢ .

^(٦) العلامة الكاساني ، هو : علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، من أهل حلب ولد لولي ١٤ سنة ٥٨٧ هـ ، لقب بملك العلماء ، شرح بكتابه البدائع : (تحفة الفقهاء) ، ونسبه الى كاسان ، وقيل كاشان ، وقيل قاسان ، وهي بلد كبير بتركستان .

(المجواهر المضنية في تراجم الحنفية ج٢ ص ٢٤٤ ، الاعلام للزركلي ج٢ ص ٤٦) .

العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشتري ، وكذلك لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل فى ملك البائع لأن المانع من الاعتقاد فى حق الحكم موجود من الجانبين جميعا وهو الخيار^(١) .

وإذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ، خرج الملك عن الطرف الذى لا خيار له ، لأن البيع لازم من جهته ، إلا أنه لا يدخل فى ملك الطرف الآخر الذى له الخيار عند الإمام أبى حنيفة ، ويدخل فى ملكه عند الإمامين أبى يوسف ومحمد بن الحسن^(٢) .

ومحمد المالكية ، شرط الخيار فى البيع يمنع انتقال الملك ، سواء كان الخيار للمتعاقدين أو أحدهما^(٣) ، قال العلامة ابن رشد : "والمبيع بالخيار فى أمد الخيار على ملك البائع سواء كان الخيار له أو للمبتاع أو لهما"^(٤) . ومحمد الطائفة ، ثلاثة أقوال فى حكم انتقال الملك سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما . الأول : أن المبيع ملك للمشتري والثمن ملك للبائع . والثانى : أن المبيع باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ ، والثمن باق على ملك المشتري . والثالث : أن الملك موقوف إلى تمام البيع للحكم بأن المبيع كان ملكا للمشتري منذ العقد ، أو أنه باق على ملك البائع^(٥) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٧ ص ٣٢٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٢٩٧ ، شرح العاية رفيع القدير على الهدية ج٥ ص ١١٥ .

(٣) حاشية السنوسي على الشرح الكبير ج٣ ص ١٠٣ .

(٤) التقدعات المبهذات ج٢ ص ٥٦٣ .

(٥) المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٢١٣ .

ومحدد العذابة : أن شرط الخيار في عقد البيع لا يمنع انتقال الملك ، سواء كان الخيار للبيّاع أم للمشتري أم لهما معا ، وهذا هو ظاهر المذهب عند الحنابلة^(١) .

٢٨٣-انتهاء خيار الخوط :

ينتهي خيار الشرط بلحد الأسباب الآتية :

المسبب الأول ، الإجازة ،

إمضاء العقد بالإجازة ينهي الخيار بتفائق الفقهاء ، لأن الأصل في العقد اللزوم ، والامتناع يعارض الخيار ، وقد بطل بالإجازة فيلزم العقد^(٢) .

أنواع الإجازة ،

إجازة العقد قد تكون صراحة أو دلالة . فالصريحة كقول من له الخيار أجزت العقد أو أمضيته ، أو أوجبه أو رضيته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى . أما الدلالة فهي أن يتصرف صاحب الخيار في محل الخيار تصرف المالك كالبيع والإجازة والهبة^(٣) ، ولا يشترط علم العقد الآخر بالإجازة^(٤) .

المسبب الثاني ، انتهاء الخيار بمضي المدة ،

إذا مضت المدة المشروطة للخيار ولم يقع ممن شرط له الخيار رد ولا إجازة في أثناء المدة انتهت الخيار ولزم العقد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ، واستدلوا بأن ثبوت الخيار حكم مؤقت

^(١) كشف القناع جـ ٣ ص ٢٠٥ و ٢٠٦ ، ألفي لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٦ والشرح الكبير للمفلس جـ ٤ ص ٧٠ .

^(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٠٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٩ ، كشف القناع جـ ٣ ص ٢٠٨ .

^(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٠٢ ، مغني المحتاج جـ ٢ ص ٤٩ ، كشف القناع جـ ٣ ص ٢٠٨ .

^(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٠٢ ، الهداية وشرحها فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٠ .

بوقت معلوم فيفوت بفوات وقته ، لأن المؤقت إلى غاية ينتهى عند وجود الغاية.

كما أن اشتراط الخيار فى مدة معلومة منع من لزوم العقد تلك المدة ، والأصل هو للزوم ، فبانتقضاء المدة يثبت موجب للعقد ، وترك صاحب الخيار الفسخ حتى تنقضى المدة رضا منه بالعقد^(١) .

ويرى المالكية أنه إذا مضت المدة من غير فسخ ولا إجازة فإن كان المبيع بيد المشتري انتهى الخيار ولزم العقد وإن كان المبيع بيد البائع انتهى الخيار واعتبر هذا فسخا من البائع^(٢) ، ويفتقر المالكية المدة البسيطة كالיום واليومين ، فيجزون لمن بيده المبيع أن يردده بعد انقضاء زمن الخيار بيوم أو يومين . جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : "ولزم للمبيع بالخيار من هو بيده منهما كان صاحب الخيار أو غيره بانتقضاء زمن الخيار وما ألحق به كالغد وهو اليوم واليومان"^(٣) .

المسبب الثالث : انتماء الخيار بالفسخ .

ينتهى الخيار بفسخ العقد ، والفسخ قد يكون بصريح القول ، كقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته أو استرجعت المبيع أو رددته ، أو رددت الثمن ونحو ذلك . وقد يكون الفسخ دلالة بالفعل كأن يتصرف البائع تصرف الملاك فى المبيع بالبائع أو الهبة أو الإجارة ، أو أكله أو لبسه ، وذلك إذا كان الخيار للبائع . أو يتصرف المشتري فى الثمن تصرف الملاك إذا كان عيناً وكان الخيار للمشتري^(٤) .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٢٠٢ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص ١٩ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٢ ، مفتى الخجاجة جـ ٢ ص ٤٨ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٠٥ ، للبدع فى شرح المقنع جـ ٤ ص ٧٠ ، الشرح الكبير على المقنع جـ ٤ ص ٦٩-٧١ .

(٢) حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٩٥ ، مواهب الجليل والناج والاكلیل جـ ٤ ص ٤٦ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٩٥ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٢١٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٢ ، تبين الحقائق جـ ٤ ص ١٩ .

ضوابط الفسخ :

يشترط لاعتبار الفسخ نلفذا ما يلى :

١- قيام الخيار ، لأن الخيار إذا زال بالسقوط مثلاً بزم العقد ، فلا أثر للفسخ حينئذ .

٢- علم العاقد الآخر بالفسخ للقولى أو الصريح ، وذلك عند الإمام أبى حنيفة والإمام محمد بن الحسن ، ولا يشترط العلم بالفسخ عند الإمام أبى يوسف على القول المشهور عنه . وأما الفسخ القطعى فيجوز بغير علم العاقد بالاتفاق بين فقهاء الحنفية^(١) ، ولا يشترط علم العاقد الآخر بالفسخ عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) .

٣- أن لا ينشأ عن الفسخ تفريق الصفقة ، فليس للعاقد أن يمضى العقد فى بعض الصفقة ويفسخ فى بعضها الآخر ، لأن ذلك يؤدى الى تفريق الصفقة ، بل يجب أن يقع الفسخ على جميع الصفقة^(٣) .

٢٨٤- انتقال خيار الخروط :

أولاً ، انتقال الخيار بالموت :

ذهب الحنفية إلى القول بأن الخيار يسقط بموت من له الخيار . واستدلوا بأن الخيار حق شخصى لأنه إرادة ومشينة فلا يحتمل الانتقال من الميت إلى غيره ، ولأنه وصف قائم بشخص من ثبت له الخيار فلا يورث عنه كالنكاح ، لأن الإرث يجرى فيما يمكن نقله ، والوصف الشخصى لا يقبل النقل بحال^(٤) .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١٦ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٢ .

(٢) شرح الخرشى جـ ٥ ص ١٢٠ ، المجموع شرح المذهب جـ ٩ ص ٢٠٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٥١ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣١٧ ، حاشية النسوى جـ ٣ ص ١٠٢ ، المجموع شرح المذهب جـ ٩ ص ١٩٢ .

(٤) شرح العناية بفتح القدير جـ ٥ ص ١٢٥ ، المبوط جـ ١٢ ص ٤٢ .

وذهب المالكية والشافعية الى القول بأن شرط الخيار للعاقدة لا يسقط بموته ، بل يخلف الميت وارثه في ذلك ، فينتقل إليه الحق في الخيار . واستدلوا بأن الخيار حق مالي فيورث قياسا على سائر الحقوق المالية^(١). والأصل عند الحنابلة أن خيار الشرط يبطل بموت المورث الذي له الخيار ولا ينتقل الى ورثته إلا إذا كان الميت قد طلب بالقسح قبل موته فيكون لورثته^(٢) .

ثانيا : انتقال الخيار بالجنون وحالاته الغيبوبة :

يرى الحنفية أنه إذا جن من له الخيار أو أغشى عليه واستمر على هذه الحالة حتى تقضى وقت الخيار ، فإنه يسقط خياره ، وينتهي بمضى المدة ولا ينتقل الى نالبيه ، ويلزم البيع . وهذا لأن الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضي الوقت ، والبيع في الأصل لازم وإنما الخيار كان مانعا من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن^(٣) .

ويفرق فقهاء المالكية بين الجنون والإغماء ، ففي الجنون : إذا علم أنه لا يفيق ، أو يفيق بعد وقت طويل يضر الانتظار إليه بالعاقدة الآخر ينظر السلطان أو نوابه في الأصلح له من إمضاء أو رد . وفي الإغماء : ينتظر المغمى عليه حتى يفيق ويختار لنفسه إلا إذا مضى زمن الخيار وطال إغماءه بعد مضي المدة بما يحصل به الضرر للآخر فيفسخ ، ولا ينظر له السلطان . فإن لم يفسخ حتى أفاق بعد أيام الخيار استؤنف له الأجل^(٤).

^(١) الشرح الكبير للرددير وحاشية السوفا جـ ٣ ص ١٠٢ ، المجموع جـ ٩ ص ٢١١ ، د. علي أحمد مرعي البحث السابق ص ٤٠ .

^(٢) الفتاوى لابن قدامة جـ ٤ ص ٦٩ و ٧٠ ومعه الشرح الكبير للمقلس جـ ٤ ص ٧٧ .

^(٣) المبوط للسرعي جـ ١٣ ص ٤٤ .

^(٤) الشرح الكبير للرددير وحاشية السوفا جـ ٣ ص ١٠٣ .

ويرى الشافعية أنه إذا طرأ الجنون أو الإغماء على صاحب الخيار لم ينقطع خياره ، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل الأخط له من الفسخ أو الإجازة^(١) .

(١) المجموع شرح المذهب ج ٩ ص ٢١١ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

- ٢٨٥- يتضح مما تقدم أن هناك أوجه اتفاق بين أحكام تجربة المبيع في القانون المدني وخيار الشرط في الفقه الإسلامي إذا كان اشتراط الخيار من جلب المشتري بقصد اختبار المبيع والتحقق من استجابته لحاجته الشخصية .
- وفي القانون المدني : يثبت للمشتري الحق في تجربة المبيع إذا اشترط ذلك صراحة في العقد ، كما يثبت له ضمنا باستخلاصه من العرف الجاري في بعض أنواع المبيعات . ويجوز للمشتري أن يوكل غيره في القيام بالتجربة ، كصديق أو خبير .
- وفي الفقه الإسلامي : يثبت للمشتري الحق في تجربة المبيع باشتراطه صراحة في العقد ، أو استخلاصه ضمنا من العرف ، ويجوز للمشتري أن يشترط الخيار لأجنبي عن العقد ، لكونه أعرف بالحال وأكثر تبصرا منه ، ويكون الأجنبي نالبا عن المشتري في الخيار ، وذلك عن جمهور الفقهاء .
- وفي القانون المدني : الغرض منه التجربة الاستعلام عن المبيع ، والاستيثاق من ملاءمته لحاجة المشتري الشخصية . ويجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، على أساس ما يحصل لديه من علم بحقيقة المبيع بعد تجربته ، فهو وحده الذي يتحكم في نتيجة التجربة . (المادة ١/٤٢١ منى مصرى) إلا أنه قد يتفق الطرفان على أن يكون الغرض من التجربة للتأكد من صلاحية المبيع في ذاته للغرض الذي أعد له ، ويكون الحكم على نتيجة التجربة في هذه الحالة لرأى الخبير تحت رقابة القضاء .

- وفي الفقه الإسلامي ، يقصد المشتري من اشتراط الخيار أن يتمكن من التروي والتأمل في صلاحية الشيء لحاجته ، وذلك بمشاورة الغير أو اختبار المبيع وتجربته للطم بحقيقته . وخيار الشرط ما هو إلا مشينة وارادة لصاحب الخيار ، فهو وحده الذي يستطيع إجازة العقد أو فسخه .
- وفي القانون المدني ، يجب تحديد مدة معقولة لكي يستطيع المشتري تجربة المبيع وإعلان رأيه خلالها ، فإن لم تحدد بالاتفاق أو العرف وجب على البائع تعيينها ، وفقا للمادة ١/٤٢١ مدني مصري .
- وفي الفقه الإسلامي ، لا بد من تقييد الخيار بمدة معقولة ، ويتم ذلك بالاتفاق الصريح بين الطرفين أو الاتفاق الضمني الذي يستفاد من العرف ، ولكن لا ينفرد البائع بتعيين المدة . ويرى فقهاء المالكية أن تحديد الحد الأقصى لمدة الخيار يكون بقدر ما يختبر به المبيع في العادة وهو يختلف باختلاف المبيعات .
- وفي القانون المدني ، شرط التجربة يخول المشتري الحق في استعمال المبيع خلال مدة التجربة بغرض اختباره وتجربته ويلتزم البائع بتمكن المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه .
- وفي الفقه الإسلامي ، شرط الخيار يخول المشتري الحق في استخدام المبيع بغرض تجربته واختباره ، ويجبر البائع على تسليم المبيع إلى المشتري لتجربته ، إذا بين المشتري ذلك عند اشتراطه الخيار .
- وفي القانون المدني : يعتبر شرط التجربة بصب الأصل شرطا وفقا يطق آثار العقد حتى تظهر نتيجة التجربة ويتخذ المشتري قراره ، فإن كان بالموافقة تم المضي في العقد وانتهت حالة التطبيق وأصبح العقد نهائيا ، وإن كان بالرفض اعتبر العقد كأن لم يكن .

- وفي الفقه الإسلامي ، شرط الخيار يؤدي إلى تطبيق آثار العقد ، فلا تنتقل الملكية عند الحنفية والمالكية وأحد الأقوال في المذهب الشافعي ، حتى يستعمل المشتري خياره ، فإن كان بالموافقة وإجازة العقد ، أصبح العقد لازما وترتبت عليه آثاره ، وإن كان بـالسرفض ، اعتبر العقد كأن لم يكن .

وأتفق مع رأى بعض الفقه القاتوني^(١) في أن شرط التجربة في عقد البيع في القاتون المدني المصري ، ما هو إلا صورة من صور شرط الخيار في الفقه الإسلامي لا أكثر ، وأن ما يفرق بينهما هو العموم وعدمه . ذلك أن شرط الخيار أعم من شرط التجربة ، إذ يشمل استشارة الغير ومشاورة النفس وتجربة محل العقد ، ومن ثم يكون شرط الخيار منطويا على الحق في التجربة ضمنا بخلاف شرط التجربة في البيع فهو شرط مقيد بالتجربة وينتجتها في بعض الحالات .

ولهذا فإن شرط الخيار يوفر للمشتري مركزا أفضل في مواجهة البائع ، إذ يستطيع البائع في البيع بشرط التجربة مخاصمة المشتري وإثبات صلاحية المبيع لما أعد له . وذلك عند الاتفاق على أن يكون الغرض من التجربة هو التحقق من صلاحية المبيع في ذاته حسب المعيار الموضوعي - بخلاف الحال في البيع بشرط الخيار للمشتري فإن البائع لا يستطيع ذلك ، لأن الخيار مثبلة وإرادة ، يخول المشتري الحق في إجازة العقد أو فسخه دون معقب عليه .

(١) د. عبد الرزاق السهري ، المرجع السابق ج ٤ - ص ٧٦ من ١٤٣ هامش (١) .

د. عبد الله المنلى ، أحكام الخيارات الرابطة السابقة ص ٢٤٢ .

الفصل الثالث

مذاق المبيع

٢٨٦ - تمهيد وتقسيم :

من الأشياء ما تختلف فيه أمزجة الناس وأهوائهم بشأنها ، بحيث لا يمكن إدراك كنهها والطعم بحقيقتها إلا بعد نوقها . ولذلك يخول المشتري الحق في تنوق هذا النوع من المبيعات قبل أن يرتبط بالعقد نهائيا . ويدخل المذاق بالتالى فى الوسائل التى يختبر بها المشتري المبيع للعلم بمدى ملاءمته .

ونتناول فيما يلى بيان الأحكام الخاصة بمذاق المبيع فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مذاق المبيع فى القانون المدني .

المبحث الثانى : مذاق المبيع فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث : مقارنة .

المبحث الأول

مذاق المبيع في القانون المدني

٢٨٧- تمهيد :

يستخدم المذاق كوسيلة للتعرف على نوع معين من المبيعات ذات طبيعة خاصة ، كالمأكولات أو المشروبات ، مما تختلف فيه أذواق الناس . والمذاق بهذه الصورة لا يدعو أن يكون نوعا من التجربة لأشياء لا تعرف خصائصها إلا به ، ولا يوجد اختلاف جنى بين العاصيتين^(١) ، حيث يتفق المذاق مع التجربة في قصد اختبار المبيع ، والتحقق من ملاءمته للغرض من الشراء .

وهو ما سيوضح من خلال ما سنعرضه من بيان لمفهوم البيع بالمذاق ، ودور المذاق في تحقق العلم بالمبيع ، وصاحب الحق في المذاق ، ومدى السلطة الممنوحة له في قبول المبيع أو رفضه ، وكيفية ثبوت الحق فسي المذاق ومحل وزمان المذاق ومكانه ، والتكييف القانوني للبيع بالمذاق والآثار المترتبة عليه ، والالتزامات الناشئة عن البيع بشرط المذاق ، وأبرز الفروق بينه وبين البيع بشرط التجربة .

وذلك على النحو التالي :

٢٨٨- تعريف المبيع بالمذاق ،

عرفه بعض الفقه بأنه : " عقد بمقتضاه يلتزم الشخص أن يبيع لآخر شيئا إذا قبل شراؤه بعد مذاقه في خلال مدة معينة"^(٢) .

(1) FILDERMAN ®, thèse précitée, n° 84, p. 75.

- د. عبد النعم الهراوي ، المرجع السابق فـ ٤٥ ص ٨٦ .

- د. جميل الشرفاوى المرجع السابق فـ ٧٢ ص ٦٠ .

(2) د. محمد ليب خب مع د. مجدى صبحى خليل المرجع السابق فـ ٥٧ ص ٩٦ .

٢٨٩- المذاق وسيلة للعلم بالمبيع .

يسمح المذاق بالعلم بالشئ ومعرفة أوصافه ودرجة جودته^(١) .
ولذلك يعتبر أحد طرق العلم بالمبيع^(٢) ، فهو يستخدم في التعرف على نوع معين من المبيعات ذات طبيعة خاصة ، كالمأكولات والمشروبات مما تختلف فيه أذواق الناس ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يعطى قبوله للشراء على تذوقه للمبيع ورضائه بعد ذوقه^(٣) . فإذا قبل المشتري المبيع بعد ذوقه فيفترض أن المذاق هو أساس الرضا^(٤) .

٢٩٠- ما يجب الحق في المذاق :

ثبت حق المذاق للمشتري إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمنا ، لأنه صاحب الحق في العلم الكافي بالمبيع ، وفقا لنص المادة (١٩٤) مدني مصري ، وللمشتري الحرية الكاملة في قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه الشخصي، ويجوز للمشتري أن يوكل غيره في ذوق المبيع إذا اتفق على ذلك مع البائع في العقد^(٥) .

ويجوز للمشتري أن ينزل في أي وقت عن حقه في ذوق المبيع ، صراحة أو ضمنا . ولكن لا يترتب على ذلك أن يصير ملزما بقبول المبيع أيما كان طعمه ، بل يترتب عليه فقط أن لا يكون له الحق في رفض المبيع لعدم

(1) OLSZAK (Norbert), la vente à la dégustation, de l'Antiquité à l'article 1587 du code civil, Revue D'Histoire du droit, pp. 371 et 372., 1990, N° 58.

(٢) د. محمد حلمي عيسى ، عقد البيع المرجع السابق في ١٠٦٧ ص ٣٣٨ .

(٣) استاذنا الدكتور عبد الرزاق مأمون ، المرجع السابق في ٥٩ ص ٨٤ .

(4) OLSZAK (N), article précité, P. 377.

(5) V. en ce sens: BIHL (Iuc), op. Cit, n° 286, P. 139.

Encyclopedi Dalloz. T.V, n° 168, P. 14.

LORVELLEC, Vente à la dégustation, n° 21, p. 5., juris-classeur civil, 11, 1985.

وانظر في الفقه المصري :

- د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ج ٤ في ٧٤ ص ١٤٠ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق في ٣٢ ص ٥٤ .

ملاءمته لذوقه الشخصي ، ويجوز له رفض المبيع لعدم مطابقتها للمألوف في مثل هذا الصنف ويرجع في ذلك إلى تقدير الخبراء^(١) .

٢٩١- مدى سلطة المشتري في القبول أو الرفض :

يفرق الفقه في هذا الصدد بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالشراء للاستهلاك الشخصي للمشتري ، وفي هذه الحالة يكون للمشتري سلطة تقديرية في قبول الشيء أو رفضه ، لأن الأمر يتعلق بإشباع رغبة خاصة^(٢) . وعلى هذا نصت المادة (٤٢٢) مدني مصري والمقابلة للمادة (١٥٨٧) مدني فرنسي ، بقولها : (إذا كان بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء) ، أما إذا كان المشتري يقصد بالشراء للتجارة وإعادة البيع ، ففي هذه الحالة لا يترك الأمر لمجرد تقديره ، لأنه لا يتطرق بالذوق الشخصي للمشتري ، وإنما يتطرق بصفات موضوعية في الشيء المبيع ، فيراعى في ذلك الذوق العام le goût générale والمألوف عند الناس في تطلب توافر صفات معينة في المبيع ، وهو ما يمكن تقديره بواسطة الخبراء^(٣) .

٢٩٢- كيفية إثبات الحق للمشتري في المطابق :

يثبت للمشتري الحق في مذاق المبيع للتعرف على مدى ملاءمته لغرضه من الشراء ، إذا اشترط على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري

(١) أنظر ل هذا المعنى : د. عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق جزء ٤ - ٧٣ ص ١٣٩ .

- د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق - ٨٥ ص ١٦١ .

- د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق - ١٠٥ ص ١٧٧ .

(2) V. par ex :

- BIHL (Iuc), op. Cit, n° 287, p. 139.
- MALAURIE et AYNÈS, op. Cit, T, VIII, n° 103, p. 83.
- HUET (J), op. Cit., n° 11168, p. 116.

(٣) - د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق - ١٠٦ ص ١٧٧-١٧٨ .

- د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق - ٨٥ ص ١٦٠ .

المبيع وقبله . وفى هذه الحالة يكون البيع معقداً على شرط المذاق . وهذا الشرط قد يكون صريحاً بالنص عليه صراحة وقد يكون صمناً يستخلص من الظروف والملابسات ، كطبيعة المبيع وما جرى عليه العرف والتعامل فى مثله^(١) .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى فى المبيعات التى جرت العادة بذوقها قبل الشراء ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملابسات ، فإذا كان المشتري تاجراً يتجر فى مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط ، أو من الصنف التجارى المألوف ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بـلـت وأن المشتري قد تنازل عن شرط المذاق ، خاصة وأنه تاجر يبيع لعملائه ، وليس لذوقه الشخصى دخل فى الصفقة .

وقد يتم البيع فى هذه الحالة على أساس عينه يرسلها تاجر الجملة الى تاجر التجزئة ، فيفترض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها وطلب شراء كميات معينة مطابقة لها^(٢) .

٣٩٣- محل البيع بالمعاطف :

يرد البيع بالمذاق على الأشياء التى تختلف أمزجة الناس وأهوائهم بشأنها ، وهى أشياء ذات طبيعة خاصة لا يمكن إدراك كنهها إدراكاً تاماً

(١) انظر فى هذا المعنى :

- د. عبد الرزاق السهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ٧٣ ص ١٣٩ .

- د. عبد المنعم البهراوى ، المرجع السابق فـ ٤٥ ص ٨٦ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق فـ ٣٢ ص ٥٣ .

(٢) د. عبد الرزاق السهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ٧٣ ص ١٣٩ .

- د. عباس الصراف شرح عقد البيع فى القانون للفقير الكويتى دراسة مقارنة فـ ٣٦٠ ص ٢٥١-٢٥٢ ط دار البحوث العلمية الكويت .

إلا بمذاقها ، وذلك كتسلسل الغذائية ومنها : الزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والمشروبات . وهى أشياء تقتضى طبيعتها أو العادة الجارية فى شرائها ، أن من يرغب فى شرائها يقصد ألا يرتبط بالعقد نهائيا إلا بعد أن يختبر طعم هذه الأشياء ويرضه به^(١) .

٢٩٤- زمان المذاق ومكانه :

يتم المذاق فى الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان فإن لم يكن هناك اتفاق على الزمان والمكان لا صريحا ولا ضمنيا ، فإنه يتبع فى ذلك عرف الجهة ، فإن لم يكن عرف ، فالأصل أن المذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع ، فيتم المذاق فى المكان الذى يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فورا . بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه^(٢) .

٢٩٥- التخييم القانوني للبيع بالمذاق :

يذهب رأى الغالب فى الفقه المصرى والفرنسى إلى أن البيع بالمذاق ، ليس بيعا معلقا على شرط فاسخ ، ولا على شرط واقف ، وإنما هو وعد

(1) MAZEAUD et CHABAS, op. Cit, n° 915, p. 198.

OLSZAK (N), article précité, p. 379.

- د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٤ - ق ٧٣ ص ١٣٩ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق - ق ٣٢ ص ٥٣ .

- د. عباس الصراف ، المرجع السابق - ق ٣٥٩ ص ٢٥١ .

(2) V. en ce Sens:

BIHL (Iuc), op. Cit., n° 287, p. 139.

LORVELLEC (L), Vente à la dégustation, op. cit, n° 20, p. 5.

Cass 1er civ, 18 Févr, 1992, Bull. Civ., 1, n° 48.

والنظر فى الفقه المصرى :

- د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ج٤ - ق ٧٤ ص ١٤٠ .

- د. منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق - ق ٥١ ص ٨٩ .

- د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق - ق ١٠٧ ص ١٧٩ .

بالبائع صادر من جانب واحد وهو المالك (البائع) ، وقد قبل الطرف الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته ، ويمقتضى هذا الوعد يلتزم الواعد بالبائع إذا ارتضى المشتري الشيء ، كما يلتزم بتمكن المشتري من تذوق الشيء بنفسه أو بمن ينوب عنه ، ولا ينقذ البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وارتضاه ، وأعلن قبوله خلال المدة المحددة ، فليس للقبول أثر رجعي^(١) . وقد نصت على ذلك المادة (٤٢٢) منى مصرى والمقابلة للمادة (١٥٨٧) منى فرنسى ، بقولها : (إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري أن يقبل البيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ، ولا ينقذ البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان) .

ويرى بعض الفقه أن البيع بالمذاق بيع شرطى ، يتوقف على إرادة المشتري الدائن بالشيء^(٢) ، ويكون البيع بالمذاق كالبيع بالتجربة سواء بمسوء ، فقد يكون مطلقا على شرط بمعنى الكلمة ، أى على أمر عارض ، إذا أناط المتعاقدان ذوق المبيع بشخص من الغير ، أو بخبير يشارك

(1) V. par ex:

- MAZEAUD et CHABAS, op. Cit., n° 915, p. 198.
GHESTIN et DESCHÉ, la vente, op. Cit., n° 564, p. 631.
MALAURIE et AYNÈS, op. Cit., T, VIII, n° 104, p. 84.
Collart Dutilleul et Delebecque, op. Cit, n° 89, p. 81.
LORVELLEC, vente à la dégustation, op. Cit, n° 15, p. 4

وانظر لى الفقه المصرى :

- أستاذنا الدكتور عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق فـ ٦٠ ص ٨٥ .
 - د. عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق جـ فـ ٧٥ ص ١٤١ .
 - د. عبد النعم الهداروى المرجع السابق ، فـ ٤٥ ص ٨٦ .
 - د. عبد الفتاح عبد الحالى . المرجع السابق فـ ٣٢ ص ٤٥ .
 - د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق فـ ١٠٤ ص ١٧٦ .
 - د. محمد لبيب شنب ود. مجدى صبحى خليل المرجع السابق و ٥٨ ص ٩٧ .
- (2) RIFERT et ROBLLOT. Op. Cit., n° 2513, p. 618.

المشتري إياه ، لأن إرادة المشتري أن تكون هي المتحكم الوحيد في الأمر ، وقد يكون مقرونا بتحفظ ، كما لو كان المقصود من المذاق محض الإستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري ، فيكون المشتري هو الحكم الأول والأخير ، وهنا يختلف الأمر لأن الذي يتخلف في هذه الحالة هو إرادة المشتري ذاتها ، والتي لا ينعقد العقد إلا بها ، وليس مجرد أمر عارض ، وفي هذه الحالة لا ينعقد البيع إلا من لحظة قبول المشتري بعد المذاق^(١) .

ويرى جانب آخر من الفقه أن المذاق عنصر جازم وحاسم في التفاوض ، وليس شرطاً في عقد البيع^(٢) .

ولؤيد الرأي الغالب في الفقه في اعتبار البيع بالمذاق وعدا بالبيع من جانب البائع ، فلا ينعقد البيع إلا بعد ذوق المشتري للمبيع ورضائه به . لأنه يتفق مع اعتبار المذاق وسيلة للعسم بالمبيع ، يتحقق بها المشتري من مدى ملاءمة المبيع لذوقه الشخصي ، قبل أن يرتبط بالمبيع نهائياً .

٢٩٦- الآثار المترتبة على تعيين المذاق بأده ولعده بالبائع ، يرتب على ذلك أن يبقى البائع مالكا للمبيع ، والمخاطر تقع على عاتقه ، ولا تنتقل ملكية المبيع المعين بالذات إلى المشتري إلا من وقت إعلاسه قبول الشيء ، وليس للقبول أثر رجعي في نقل الملكية^(٣) . وإذا هلك الشيء المبيع قبل تنوقه فإن تبعه هلكه تقع على مالكة وهو البائع ، وتقع تبعه الهلاك على البائع حتى إذا كان المشتري قد تنوقه

^(١) د. محمد شتا أبو سعد ، الشرط كوصف للتراضي ، الرسالة السابقة ص ١٥٩-١٦١ .

^(٢) OLSZAK (N) article précité p. 379.

^(٣) GHESTIN et DESCHÊ , op. Cit, n° 564, pp. 631 et 632.

MALAUURIE et AYNÈS op. Cit, T, VIII n° 104, p. 84.

- د. عبد الحليم البدواي ، المرجع السابق فـ ٤٦ ص ٨٧ .

طالما أنه لم يبلغ البائع برغبته في القبول ، وينطبق هذا الحكم بطبيعة الحال إذا كان الهلاك بسبب اجنبى لا يد لأحد فيه^(١) .

٢٩٧- الالتزامات الناشئة عن البيع بخراط المصاقي :

البيع بالمذاق يرتب التزامات على علق الطرفين المتبايعين ، وتختلف هذه الالتزامات قبل مذاق المشتري للمبيع وإعلان قبوله عنها بعده .

فقبل إعلان المشتري قبوله للشراء ، تكون بصدد عقد وعد بالبائع ملزم لجانب واحد وهو البائع الواعد ، وهنا يلتزم البائع بوضع الشيء تحت تصرف المشتري الموعود له لتمكينه من توفقه واختبار طعمه ففى الموعد المتفق عليه أو فى موعد مناسب . كما يلتزم الموعود له بالمذاق إذا مكته الواعد منه . فإذا أخل أحد الطرفين بالتزامه ، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ، والحكم على المخل بالتعويض ، كما يجوز له أن يطلب التنفيذ العينى ، ولو عن طريق الحكم بغرامة تهديدية على من أخل بالتزامه .

ولكن لا يرتب على العقد فى هذه الحالة أى أثر من آثار البيع ، فالملكية تنقل للواعد وتبعية هلاك الشيء الموعود ببيعه تنقل عليه^(٢) .

وإذا انقضت المدة المحددة بالاتفاق أو العرف لإعلان قبول البيع وبسكت المشتري مع تمكنه من اختبار طعم المبيع ، فإن البيع لا يعتد وينقضى التزام الواعد ، لأن سكوت المشتري هنا لا يعتبر قبولاً للبيع ، وإنما نزولاً عن الإفادة من الوعد . وكذلك ينقضى التزام الواعد إذا رفض المشتري

(١) د. محمد على عمران ود. السيد عبد نائل ، المرجع السابق فـ ٣٢ ص ١٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى :

- استاذنا الدكتور / عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق فـ ٦٠ ص ٨٥ و ٨٦ .
- د. أنور سلطان ود. جلال العدوى ، المرجع السابق فـ ٢٠٢ ص ١٥٤ .
- د. محمد كيب حنب ود. مجدى صبحى خليل المرجع السابق فـ ٥٩ ص ٩٧-٩٨ .
- د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق فـ ١٠٤ ص ١٧٦ .

البيع بعد اختبار طعم المبيع . إذ من المقرر أن المشتري بشرط المذاق له مطلق الحرية في قبول أو رفض الشراء ، ولو ثبتت صلاحية الشيء الموعود ببيعه ، بل ولو كان الغرض من الشراء هو إعادة بيع هذا الشيء ، لأن البيع بالمذاق ، هو مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد^(١) . وامتناع المشتري عن مذاق المبيع مع تمكنه من ذلك ، وسكوته عن إبداء رأيه بالقبول أو الرفض خلال المدة المتفق عليها ، يؤدي إلى زوال التزام البائع بوعده ، فإذا أعلن المشتري قبوله بعد انقضاءها لم ينعقد العقد^(٢) . أما إذا أعلن المشتري قبوله الشراء في المدة المتفق عليها أو التي يعينها العرف ، أتعقد البيع وأنتج آثاره ، ولكن دون أثر رجعي . فالبيع لا ينعقد إلا من الوقت الذي يتم فيه إعلان القبول ، وفقا للمادة (٤٢٢) مندى مصري، ويترتب على ذلك أن انتقال الملكية إلى المشتري لا يكون إلا من وقت قبوله الشراء^(٣) .

٢٩٨- الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة :

هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بين البيع بالمذاق والبيع بشرط التجربة:

- أوجه الاتفاق :
- أن الحق في للتجربة أو المذاق لا يثبت إلا بالاشتراط صراحة أو ضمنا في العقد^(١) .

(١) د. عبد الحميد البدواي ، المرجع السابق فـ ٤٦ ص ٨٧ .

- د. محمد أيوب شنب ود. مجدى صبحي خليل ، المرجع السابق فـ ٥٩ ص ٩٨ .

- د. أنور سلطان ود. جلال العلوي المرجع السابق فـ ٢٠٣ ص ١٥٥ .

(٢) د. جميل الشراكوي ، المرجع السابق فـ ٢٧ ص ٦١ .

(٣) د. أنور سلطان ود. جلال العلوي المرجع السابق فـ ٢٠٣ ص ١٥٥ .

- د. جميل الشراكوي ، المرجع السابق فـ ٢٧ ص ٦١ .

- د. محمد أيوب شنب ود. مجدى صبحي خليل ، المرجع السابق فـ ٥٩ ص ٩٨ .

(٤) د. محمد الزحيلي ، المرجع السابق ص ١٥٧ .

- يجب على البائع فى الحالتين تمكين المشتري من تجربة المبيع أو نوقه^(١) .
- يتفق البيعان كذلك فى أن للمشتري - كفائدة عامة - له الحرية فى قبول للشراء ، فهو الذى يتحكم فى نتيجة التجربة أو المذاق ، وفقاً للمعيار الشخصى الذى أخذ به القنون المبنى المصرى^(٢) .
- الغرض من البيع بالتجربة والبيع بالمذاق هو اختبار المبيع للتأكد من صلاحيته لنوق المشتري وحاجته من الشراء^(٣) .
- أوجه الاختلاف ،
- البيع بالمذاق هو مجرد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد وهو الواعد ، أما البيع بالتجربة فهو بيع منعقد وكامل وملزم للجانبين ، ولكنه مطبق على شرط والقف أو فاسخ^(٤) .
- سكوت المشتري عن إيداء رأيه فى المدة المحددة يعتبر فى البيع بالتجربة قبولاً منه للشيء المبيع ، وبالتالي يجعله ملتزماً نهائياً

(١) استاذنا المذكور عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق فـ ٥٩ ص ٥٨ .

- د. محمد الزحلى المرجع السابق ص ١٥٨ .

(٢) د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق فـ ٥٨ ص ١٥٨ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق فـ ٣٣ ص ٥٥ .

- د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق فـ ٦٣ ص ٩٠ .

(٣) د. محمد الزحلى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

- د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع السابق فـ ٦٣ ص ٩٠ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ٧٦ ص ١٤٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق فـ ٣٣ ص ٥٥ .

- د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق فـ ٨٥ ص ١٥٨ .

- د. محمد سليمان مرقس ، المرجع السابق فـ ٤٩ ص ٦٩ .

بالعقد ، فى حين أن هذا السكوت فى بيع المذاق يعتبر رفضا للنشئ
المبيع يتحلل به الواعد من وعده بالبيع^(١) .

- يلتزم البائع فى البيع بشرط التجربة بتسليم كامل المبيع لتجربته ، أما
فى بيع المذاق فلا يلتزم إلا بالتمكين من المذاق ، وذلك بجزء من
المبيع ، ولا يسلم المبيع إلا بعد القبول والرضى^(٢) .

- إذا وقع دائن البائع حجزا على المبيع قبل قبول المشتري ، كان الحجز
صحيا ، لأنه وقع على شيء مملوك للبائع ومن ثم ينفذ الحجز فى
حق المشتري وذلك فى البيع بالمذاق بخلاف البيع بشرط التجربة^(٣) .

- إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري ففى بيع المذاق لا يستأثر
المشتري بالمبيع وفى بيع التجربة يستأثر^(٤) .

- إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري ففى بيع المذاق يكون هلكه دائما
على البائع ، وفى البيع بالتجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت
التجربة شرطا ولقفا وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطا
فلسفا^(٥) .

(١) د. عبد الرزاق السهوى ، المرجع السابق ج٤ - ٧٦ ص ١٤٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق - ٣٣ ص ٥٥ .

- د. عبد النعم البراوى ، المرجع السابق - ٤٦ ص ٨٧ .

- د. محمد الزحلى ، المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٢) د. عبد الرزاق السهوى ، المرجع السابق ج٤ - ٧٦ ص ١٤٢ .

- د. محمد الزحلى ، المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٣) د. عبد الرزاق السهوى ، المرجع السابق ج٤ - ٧٦ ص ١٤٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق - ٣٣ ص ٥٦ .

- د. سليمان مرقص المرجع السابق - ٤١ ص ٦٩ .

(٤) د. عبد الرزاق السهوى ، المرجع السابق ج٤ - ٧٦ ص ١٤٣ .

- د. محمد الزحلى المرجع السابق ص ١٥٩ .

(٥) د. عبد الرزاق السهوى المرجع السابق ج٤ - ٧٦ ص ١٤٣ .

- المذاق يكون في الأموال الاستهلاكية كالمطعمات والمشروبات ،
ولذلك يجب أن يقتصر على جزء من المبيع يلقطه الذي يمكن
المشتري من التذوق بخلاف التجربة والتي تكون في الأشياء
الاستهلاكية التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهي تقع على
المبيع كله ، ولذلك يجب أن يكون استعماله في التجربة بالمقدار الذي
يمكن من معرفته والتأكد من صلاحيته^(١) .

1- LORVELLEC, thèse précitée, n° 177, p. 237., vente à l'essai, op. Cit.,
n° 16, p.4.

- د. محمد الزحيلي المرجع السابق ص ١٥٩ .

المبحث الثاني مذاق المبيع في الفقه الإسلامي

٢٩٩- تصنيف :

لم يفرّد فقهاء المذاهب المختلفة مباحث مستقلة للبيع بالمذاق ، وإنما يعرضون له في أثناء الحديث عن خيار الرؤية ، باعتبار المذاق إحدى الوسائل التي يتحقق بها العلم بحقيقة المبيع في نوع معين من المبيعات وهو المطاعم والمشروبات . ويدخل المذاق بالتالي تحت مفهوم الرؤية في الفقه الإسلامي ، والتي يراد بها العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد سواء كان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية أو بأى حاسة أخرى من الحواس ، كاللمس أو الجس أو الذوق أو الشم أو السمع . وبحيث تأخذ الرؤية معنى مجازياً أعم من معناها اللفظي والمتمثل في النظر والمشاهدة ، فيدخل تحتها العلم بالمبيع عن طريق الشم أو اللمس أو السمع أو الذوق^(١) .

ونبين فيما يلي مذاهب الفقه الإسلامي في حكم نوق المبيع للعلم بحقيقته .

٣٠٠- مذاهب الفقهاء في حكم البيع بالمطاق :

يعتبر جمهور الفقه الإسلامي ، أن نوق المبيع وسيلة كافية للعلم بحقيقة المبيع في نوع معين من المبيعات ، وهو المطاعم والمشروبات كالدهن والعسل والخل وغيرها ، لأنه بذوقها يمكن إدراك حقيقتها ومعرفة المقصود منها .

(١) رد المحتار ج٤ ص ٩٧ ، د. عبد الستار أبو غدة الرسالة السابقة ص ٣٨٦ .

د. عبد الله العنلي ، الرسالة السابقة لـ ٢٤١ ص ٤٤٨ .

فهني المذهب الحنفي : يعتبر ذوق المبيع شرطا في المطعومات والمشروبات لأنه المعروف للمقصود . جاء في الهداية : "فيما يطعم لابد من الذوق لأن ذلك هو المعروف للمقصود" وزاد العلامة ابن الهمام : "فلا يسقط الخيار بدون ذلك"^(١) . وقال العلامة الزيلعي : "وفي شاة اللحم لابد من الجس لأنه به يظهر السمن والهزال ، ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القينة لابد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لابد من الذوق وفيما يشم لابد من الشم وفي دفوف المغزى لابد من سماع صوتها ، لأن العظم بالشئ يقع باستعمال آلة إدراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه"^(٢) . وعلى ذلك إذا اشترى شخص شيئا من المطعومات فذاقه ليلا ولم يره ، فإن هذا يكفي للعلم بالمبيع ، ومن ثم يسقط حق المشتري في الخيار^(٣) .

وعند المالكية : يكفي ذوق المبيع إن كان من العطومات كالأدهان ، ويصح البيع ولم لم يره المشتري ، لأن ذوق المبيع يمكنه من إدراك حقيقة^(٤) .

وهني المذهب الظاهري : يشترط ذوق المبيع إذا كان من المطعومات كالخل ونحوه ، لأن هذا النوع من المبيعات يقع فيه اختلاف . وهو أحد القولين في المذهب الشافعي . قال العلامة للنووي : "هل يشترط الذوق في الخل ونحوه على قولنا بشرط الرؤية ، فيه قولان ، أصحهما : لا يشترط لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها ، والثاني يشترط لأنه يقع في هذا النوع اختلاف"^(٥) .

(١) الهداية للمرغباني وشرحها العتبة وفتح القدير ج٥ ص ١٤٣ .

(٢) تبين الحقائق ج٥ ص ٢٧ .

(٣) رد المحتار ج٥ ص ٩٧ والنثر المختار ج٥ ص ١٠٣ .

(٤) حاشية النسوفي على الشرح الكبير ج٥ ص ٢٤ .

(٥) المجموع شرح المهذب ج٥ ص ٢٩٥ ، روضة الطالبين ج٥ ص ٣٧٦ .

وبذلك يشترط نوق المبيع لتحصيل العلم به إذا كان من المطعومات أو المشروبات ، وإلا ثبت للمشتري الحق في الخيار ، عند جمهور الفقهاء . وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة (٣٢٣) بقولها : "المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع ، مثلاً الكرياس والقماش الذي يكون ظاهره وباطنه متساويين تكفي رؤية ظاهره ، والقماش المنقوش المدرب تلزم رؤية نقشه وبرويه والشاة المشتراة لأجل للتاسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاه المأخوذة لأجل اللحم يقتضى جس ظهرها وإليتها والمأكولات والمشروبات يلزم أن يذاق طعمها"^(١) .

وينطبق على البيع بالمذاق أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، حيث يدخل المذاق تحت لفظ الرؤية بالمعنى الأعم ، فيثبت الحق في المذاق للمشتري دون البائع ، ويكون للمشتري الخيار لعدم نوق المبيع وقت العقد .

وقد ثبتت ثبوت الخيار هو بعد نوق المشتري للمبيع فيثبت له الحق في قبوله وإمضاء البيع ، أو رده وفسخ البيع .

وثبتت الخيار في البيع بالمذاق لا يمنع العقد من ترتيب آثاره كاملة كتقال الملك ونحوه ، فالعقد صحيح منتج لآثاره ، لكنه غير لازم بالنسبة للمشتري لثبوت الحق له في الخيار شرعاً ، بسبب عدم نوق المبيع وقت العقد .

^(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ، المجلد الأول ، المادة رقم (٣٢٣) ص ١٥٥-١٥٦ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

- ٣٠١- يتضح مما تقدم أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث :
حقيقة المذاق ومحلّه . ويختلفان من حيث : مصدر ثبوت الحق في المذاق ، وطبيعة البيع بالمذاق وآثاره .
- فمن حيث حقيقة المذاق ومحلّه ،
- القانون المدني يعتبر المذاق وسيلة لاختبار المبيع والطعم بحقيقته وينظر إليه الفقه القانوني على أنه نوع من التجربة لأشياء لا تعرف خصائصها إلا به . فمحلّه الأغذية والمشروبات التي تختلف فيها امزجة الناس .
- والفقه الإسلامي يعتبر المذاق أحد طرق الطعم بالمبيع ، لأنه يدخل تحت لفظ الرؤية بالمعنى الأعم ، ومحلّه المطعومات والمشروبات ، وهي أشياء لا يمكن إدراك حقيقتها إلا به .
- ومن حيث مصدر ثبوت الحق في المذاق ،
- في القانون المدني يثبت للمشتري الحق في المذاق إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً ، كان يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله .
- أما في الفقه الإسلامي ، فالمذاق حق شرعي مصدره النصوص الشرعية المثبتة لخيار الرؤية ، لأن المذاق أحد طرق الرؤية في الفقه الإسلامي فيثبت من غير شرط في العقد .

- ومن حيث طبيعة البيع بالمذاق وأثاره :

- فى القانون المدنى ، البيع بالمذاق وعد بالبيع يخلو المشتري الحق قبول المبيع أو رفضه خلال المدة المحددة ، وذلك دون معقب عليه ، (المادة ٤٢٢ مدنى مصرى) ولا ينعقد العقد النهائى إلا إذا ذاق المشتري المبيع وارتضاه ، وأعلن قبوله للبائع خلال المدة المحددة ، وقبل ذلك يبقى البائع ملأا للمبيع والمخاطر عليه .

- وفى الفقه الإسلامى ، بيع المذاق مثل أى بيع اقترن بحق خيار الرؤية، فهو بيع ناقل للملكية ونقل لتبعة الهلاك إذا اقترن البيع بتسليم المبيع إلى المشتري وكل ما يميزه عن البيع المنجز هو كون البيع بالمذاق غير لازم بالنسبة للمشتري حتى يذوق المشتري المبيع ويرضى به ، فإن شاء بعد ذلك امضى العقد وإن شاء فسخه بمقتضى ما له من خيار الرؤية .

الباب الثانى

التطبيقات الحديثة

وصف المبيع بواسطة الكتالوج وعبر التلفزيون

ووسائل الاتصال الحديثة

٣٠٢- تمهيد وتقسيم :

زادت الحاجة إلى فرض الالتزام بالإعلام على عاتق البائع لصالح المشتري مع تطور طرق توزيع المنتجات ووسائل الاتصال والتعاقد بشأنها ، حيث قل الالتقاء المباشر بين البائع والمشتري ، وأصبحت البيوع تبرم بالمراسلات وعبر المسافات ، ولم يعد يتمكن المشتري من الاتصال المادى بالسلعة ومعاينتها قبل إبرام العقد . وأصبحت وسيلة علمه بها هي قيام البائع بوصفها له ، والإدلاء بالبيانات والمعلومات الضرورية عنها ، أو عرضه لصور ورسومات توضح حقيقتها . وذلك عن طريق التكنولوجيا التي يتم توزيعها وإرسالها إلى العملاء ، أو بث برامج تليفزيونية تعرض صور ومواصفات وطرق استخدام المنتج المعروض للبيع . فإذا كانت هذه المعلومات غير كافية أو غير واضحة ، لجأ المشتري إلى استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالتليفون والمينيتل ، للحصول على بيانات ومعلومات تكميلية توضح حقيقة السلعة المعروضة للبيع وشروط التعاقد بشأنها .

وبذلك ينتقل نظام العلم الكافي بالمبيع في العصر الحديث من مرحلة المعاينة النافية للجهالة عن طريق الاتصال المادى بالسلعة قبل إبرام العقد ، إلى مرحلة العلم بالسلعة عن طريق وصفها من قبل البائع ، دون أن يعاينها المشتري فعلا قبل إبرام العقد .

ونقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : وصف المبيع بواسطة الخالوج .

الفصل الثاني : وصف المبيع عبر التليفزيون ووسائل الاتصال الحديثة .

وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول

وصف المبيع بواسطة الكتالوج

٣٠٣- تمهيد :

يستخدم الكتالوج كوسيلة لوصف المبيعات وعرضها للبيع ففى التعاقد بطريق المراسلة حيث يتم البيع بين غائبين ، ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا ، بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به^(١) .

ويعتبر الكتالوج وسيلة التعاقد والاتصال بين المتبايعين بالمراسلة ، حيث يعرض فيه البائع مبيعاته ويبين مواصفاتها وأتمتها ، ثم يرسله الى العميل ، فإذا قبل هذا الأخير الشراء وأعلم البائع بذلك تم العقد . ويعرف هذا التعاقد فى الفقه الإسلامى بالبيع بالبرنامج .

وتقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث :

المبحث الأول : وصف المبيع بواسطة الكتالوج فى القانون المحدث .

المبحث الثانى : وصف المبيع بواسطة البرنامج فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثالث : مقارنة

وذلك على النحو التالى :

(١) د. عبد النعم لوج الصده ، نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى الجزء الأول ص ١٩٨

ص ٢٨٧ ط ، ١٩٩٠ مطبعة جامعة القاهرة ، الناشر دار النهضة العربية .

المبحث الأول

وصف المبيع بواسطة الكتالوج في القانون المدني

٢٠٤ - تمهيد :

يعتبر الكتالوج عنصر جوهري ووسيلة أساسية في البيع بالمراسلة ، حيث ينعدم الاتصال المادي والمباشر بين المشتري والبائع ، ولا يستطيع المشتري معاينة السلعة وقت العقد ، لكون التعاقد يتم بين غائبين ، ويكون الكتالوج هو وسيلة الاتصال بالعمل . ونظرا لغياب المحل التجاري ، فإن الكتالوج يعتبر الوسيلة الأساسية لعرض السلع والمنتجات وبيان مواصفاتها وخصائصها بطريقة جذابة . ويستطيع المشتري التعرف على السلعة بالاطلاع على مواصفاتها المدرجة في الكتالوج^(١) .

وقد يتخذ الكتالوج شكل ورقي كتابي ، فيحتوي على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للسلع المعروضة للبيع . وقد يكون في صورة شرائط فيديو موزعة Videographie diffusée يمكن الاطلاع عليها بواسطة جهاز التلفزة أو الحاسب الآلي ، وهو ما يعرف بالكتالوج السمعي البصري

(1) V. en ce Sens:

DELEGUE (Béatrice), la Vente par catalogue, thèse précitée pp. 40 et 47., et la vente par correspondance Que sais-je? éd, 1978, p. 36.

MARTINE (Gérard), la Vente à domicile, these de doctorat, paris. 1966, n° 112, p. 96.

MORNET (Carole), La vente par Correspondance, thèse précitée, n° 8, p.6.

KISTNER (jean philippe), la Vente par correspondance, thèse précitée p.33.

(المتلفز) un catalogue audiovisuel أو كتالوج الصور للمتحركة Vidéo

catalogue animé ، وهو أكثر انتشارا في الوقت الحالي^(١) .

والكتالوج يجب أن يحتوي على بيانات صحيحة مكتوبة بلغة البلد الذي يوزع فيه . ويجب ألا يتضمن أي بيان يمكن أن يضلل العملاء أو يؤدي إلى وقوعهم في الغلط ، كما يجب ألا يتضمن الإشارة إلى سلع أو منتجات ممنوعة أو محظورة البيع .

وبالجملة يجب أن يراعى القواعد والتنظيمات الخاصة بالتجارة لأنه وسيلة للتوزيع التجاري^(٢) .

وقد انتشرت عملية البيع بالكتالوج في الوقت الحالي مع التقدم الاقتصادي في مجالي الإنتاج والتوزيع ، وظهور المنافسات التجارية على نطاق واسع . فعمدت مؤسسات البيع بالمراسلة إلى تنمية مبيعاتها والترويج لها عن طريق تحسين للكتالوجات وجعلها أكثر جاذبية ، وإجراء المسابقات وتقديم الجوائز للعملاء ، وعمل تخفيضات لأثمان بعض المبيعات . وذلك بقصد جذب العميل وجعله زبوناً دائماً .

وهي وسائل مشروعة ما لم تشتمل على الإعلان الخادع والمضلل ، أو النصب والاحتيال ، أو الاتصيب المحظور قانوناً^(٣) .

ونوضح فيما يلي :

- دور الكتالوج في إعلام المشتري بحقيقة السلع والمنتجات .

(١) V. en ce sens:

BIZEUL (Bruno), le télé-achat et le droit des contrats, thèse précitée, n° 76, p.74.

DELEGUE (Béatrice), thèse précitée, p. 42.

KISTNER (Jean philippe), thèse précitée, p. 39.

JOUBERT (Jean), Quel avenir Pour la Vente par catalogue?, Revue Française du marketing, N° 126, éd, 1990/, p.45.

(2) RAYMOND (Guy), Vente à distance, juris classeur commercial contrats – distribution, 2, 1991, Fasc. 1390, n°s 12 et 13, p. 4.

(3) RAYMOND (Guy), ibid, n° 21, p. 6.

- القيمة التعاقدية للكتالوج .
- مدى التزام البائع بتسليم شيء مطابق للبيانات والمواصفات المذكورة في الكتالوج .
- كيفية إبرام عقد البيع بالكتالوج وتنفيذه وإثباته .

٣٠٥- أولا : دور الكتالوج في إغلاء المشتري بحقيقة المبيع .

- يقوم الكتالوج بدور هام في إعلام المستهلكين بحقيقة السلع والمنتجات ، حيث يلتزم البائع بالمراسلة بأن يدرج في الكتالوج كافة البيانات والمعلومات الجوهرية التي تمكن المستهلك من الارتباط بالعقد عن معرفة كافية بحقيقة السلعة وشروط التعاقد ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت البيانات والمواصفات المدرجة في الكتالوج ، كاملة وواضحة ومحددة ، دون غموض أو إيهام^(١) . ويجب أن يكون الإعلام المقدم من البائع كافيا ، بحيث يستخدم فيه العبارات الدقيقة ، والوصف التصويري بالرسم والصور لما له من أهمية كبيرة في إيضاح حقيقة السلعة^(٢) .

ويؤدي إخلال البائع بالتزامه بالإعلام إلى غلط المشتري في مضمون وحقيقة السلعة المباعة ، ولذلك ألزمت نقابة مؤسسات البيع بالمراسلة ، الأعضاء التابعين لها ، بتقديم معلومات موضوعية وبيانات حقيقية تدرج في الكتالوج وتبين حقيقة السلعة أو المنتج المباع في كافة عناصره من حيث المكونات والكيفية والتنوعية والكمية . ويجب أن تكون الصور

(١) BIHL (luc), la Vente par correspondance, Gaz-pal, 13 juin 1974, doctrine p. 533.

MALINVAUD (P), la protection du consommateur, D, 1981, chronique p. 53.

(٢) MARTINIE (Gérard), la Vente à domicile, thèse précitée, n° 109, pp. 94 et 95.

DOMINGUEZ (Robert), Étude juridique de la Vente par correspondance, thèse paris, 1968, p. 46.

والرسومات الموجودة في الكتلوج ، مصورة ونافذة بأمانة لحقيقة السلعة المعروضة للبيع ، فيلتي العرض واضحا ودقيقا وكاملا^(١) . ويستطيع المشتري الاستعلام عن المستندات من السلع والمنتجات ، والتعرف على الأشياء التي تلبي حاجته في الشراء من خلال الاطلاع على الكتلوج^(٢) .

وبذلك يعتبر الكتلوج وسيلة للإعلام ، بما يتضمنه من وصف دقيق للسلعة المباعة وخصائصها وتركيباتها وطرق استعمالها ، وثمنها وطرق دفع الثمن ، وشروط البيع وضمن ما بعد البيع ، وغيرها من البيانات الهامة^(٣) .

٣٠٦- الكتلوج وسيلة الإعلان والإعلام :

يتحلل الكتلوج إلى عنصرين ، الأول : عنصر الجاذبية أو الوجه الإيحائي للإعلان الذي يحمل المستهلك على التصور والتخيل ، بما له من دلالة رمزية . ويظهر ذلك في العرض الجذاب للسلع والمنتجات عن طريق استعمال الوصف التصويري لجودة المنتجات المعروضة باستخدام الألوان والصور الإيضاحية والورق الفاخر ، بما يؤدي إلى إغراء المستهلك وإثارة رغبته في الشراء .

والعنصر الثاني : الجانب الإعلامي للكتلوج ، حيث يشتمل على وصف دقيق وواضح للسلعة المعروضة للبيع ، ويبيان ثمنها ، فضلا عن معلومات مفصلة وكاملة عن شروط وضمانات التعاقد . وهو ما يجعل

(1) MORNET (carole), thèse précitée, n°s 38 et 39, P. 30.

(2) MANUEL (Bruno) et XARDEL (Dominique); op. Cit, P. 189.

(3) MORNET (carole), thèse précitée, n° 43, P. 32.

وانظر ل الفقه المصري :

- د. أحمد السعيد الزاوي ، المرجع السابق لـ ١٨٧ من ١٨٢ .
- د. محمود فزاد محمد ، المرجع السابق من ١٥٥ .
- د. حسن أحمد توفيق ، إدارة المبيعات ، المرجع السابق من ١٧٢ .

المسلعة محل للتفكير الذهني ، لما يقدمه هذا العنصر من إعلام جدى وموضوعى عن السلعة^(١) ، وبذلك يعتبر الكتالوج رسالة إعلانية وإعلامية ، حيث يجمع بين خصصتى الإعلان والإعلام .

ويجب أن يشتمل الكتالوج على البيانات والمعلومات التى يمكن للمشترى أن يحصل عليها من الملصق الإعلاني أو بطاقة البيانات الملصقة بالسلعة فى محل التجزئة . كما يجب أن يشتمل على البيانات الخاصة بأسم شوكة البيع بالمرسلة وعنوانها ، ورقم قيدها فى السجل التجارى ، ومواعيد عملها^(٢) ويجب على البائع بالمرسلة أن يدرج فى الكتالوج كافة البيانات والمعلومات اللازمة لضمان صحة وسلامة رضاء العميل^(٣) .
وتتمثل أهم البيانات والإيضاحات التى يجب أن يتضمنها الكتالوج فيما يلى:

٣٠٧- بيانات وإيضاحات تتعلق بشروط التعاقد :

لكى تتجنب مؤسسات البيع بالمرسلة كل المنازعات التى يمكن أن تنشأ بصدد نطاق ومدى التزام العميل ، فإتباعها تدخل فى الكتالوج ، وغالبا على أمر الشراء أو صيغة طلب البضاعة le bon de commande ، شروطها للبيع ، والتي تكون مأثوفة وعادية جدا ، وواضحة ومحددة ، وبعبارة سهلة وقابلة للفهم ، بحيث يمكن للمستهلك إدراكها والعلم بها^(٤) .

فلذا اشترطت شركة البيع بالمرسلة أن يتم شراء عدد معين من السلع بصفة دورية لمدة محددة كسنة مثلا ، كما فى حالة شراء سلسلة من

(1) DOMINGUEZ (Robert), thèse Précitée, P. 46.

KISTNER (Jean Philippe), la Vente Par correspondance, thèse précitée, PP. 34 et 218.

DAYAN (Armond), le marketing, Que sais-je?, 7e éd, 1991 P.75.

(2) RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit., n° 18, P. 6.

(3) KISTNER (Jean-Philippe), thèse précitée, P. 170.

(4) KISTNER (J), ibid, P. 171.

الكتب أو الشرائط ، فيلتزم العميل بالشراء كل فصل وفي خلال عام مثلا ،
وسترسل إليه مؤسسة البيع بالمراسلة ، الطلبية في نهاية كل فصل دون
أن يطلبها ، ولا يجوز له أن يتمتع عن الشراء ، لأنه وقع على شرط
بالالتزام بالشراء الدوري^(١) .

ويذكر عادة البائع بالمراسلة في خاتمة طلب البضاعة المدرجة في
الكتالوج ، المعلومات الأساسية المتعلقة بشروط البيع وتنفيذه ،
وحقوق المشتري في تجربة المبيع ، أو رده ، ومصاريف الشحن ،
وطرق دفع الثمن ، مما يجعل من الصعب على المستهلك الإدعاء بعبء أو
نقص الإعلام عن السلعة أو شروط التعاقد ، لكي يحصل على بطلان
العقد^(٢) .

٣٠٨- بيانات وإيضاحات تتعلق بالسلعة أو المنتج المبيع :

لتجنب المنازعات التي قد تنور حول السلعة المباعة من جراء التصور
الخطيء لها من جانب المستهلك ، فإن البائع بالمراسلة يحاولون
تجسيد السلعة في كتالوجاتهم ووصفها وبيان حقيقتها بدقة وأمانة ،
متبعين في ذلك النماذج والقواعد المهنية . ويقوم في هذه الحالة التزام
إيجابي وموضوعي بالإعلام على علق البائع بالمراسلة لصالح المشتري ،
نظرا لأن هذا الأخير يكون في استحالة مادية من التأكد بنفسه من جودة
ومواصفات السلعة قبل إبرام العقد^(٣) ، وبحيث يجب أن يشتمل الكتالوج
على البيانات المتعلقة بالسلعة مع تصوير أو رسم لها ، وأن يحوى على
الأقل البيانات الإجبارية التي فرضتها التشريعات المختلفة ، لوصف
السلعة والتعريف بها^(٤) وبذلك يستطيع المستهلك أن يقدر ويميز مسبقا

(١) KISTNER (J), thèse Précitée, P. 170.

(٢) KISTNER (J), ibid, P. 177.

(٣) KISTNER (J), ibid, P. 173.

(٤) KISTNER (J), thèse précitée, P. 176.

جودة السلعة وصفاتها الحقيقية عن طريق الاطلاع على البيانات والمواصفات والإشارات والعرض التصويرى الذى يتضمنه الكتالوج عن طبيعة السلعة والعناصر التى تتكون منها .
ومن ثم تتحقق الحماية اللازمة لرضاء المستهلك كما يتجه التشريع الحالى^(١) .

٣٠٩- بهذا نتم وإيضاحاته المتعلقة بالثمن :

بالإضافة إلى الإعلام بشروط التعاقد وحقيقة المبيع ، فإن البائع يلتزم أيضا بأن يبين ثمن وحدة المبيع فى الكتالوج ، وأن يحدد طرق دفعه .
ولا شك أن الثمن عنصر جوهري فى عقد البيع ، ولذلك يجب أن يكون معينا ومتفقا عليه من الطرفين ، ويكفى أن يكون قابلا للتعيين ، حسب المادة (١٥٩١) مدنى فرنسى والمادة (٤٢٣) مدنى مصرى .
ويجب تعيين الثمن وذكره فى الكتالوج ، ويشمل بالإضافة الى ثمن السلعة كل التكاليف والأعباء التابعة ، مثل ثمن الشحن والتعبئة والتجربة الآتية لبعض المنتجات كالأدوات المنزلية للضخمة ، وكذلك مصاريف الرسم الجمركى فى حالة ما إذا كانت شركة البيع بالمراسلة أجنبية^(٢) .
ويجب أن يطم العميل بالثمن الإجمالى أو الكلى الذى سيدفعه . وفى حالة سكوت البائع عن ذكر ملحقات الثمن ، فإن العميل لا يلتزم إلا بثمن السلعة المذكور والمبين فى الكتالوج^(٣) .

ويجب على البائع أن يذكر فى الكتالوج المعلومات المتعلقة بطرق دفع الثمن وما إذا كان فوريا أم أجلا ، وما إذا كان يتم الدفع بشيك بنكى أو

(١) KISTNER (J), *ibid*, P. 176.

(٢) DELEGUE (B), *la Vente par catalogue*, thèse précitée, P. 142.
R.T.D.com, 1981, n° 3 P 821 obs. HÉMARD (Jean).

KISTNER (J), thèse précitée, PP. 183 et 184.

(٣) KISTNER (J), thèse précitée, p. 185.

بريدى أم كارت بنكى أم نقود سائلة . وأن يبين وقت دفع الثمن ، وما إذا كان عند طلب السلعة أم عند التسليم^(١) .

٣١٠- إانيا : القيمة التعاقدية للكتالوج :

ثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول القيمة التعاقدية للكتالوجات ، بما تحويه من بيانات ومعلومات . فذهب اتجاه إلى القول : بأن البيانات التى تتضمنها الكتالوجات لا تحو أن تكون من قبيل مدح البائع لبضاعته . وهى تدخل فى إطار ما يجرى عليه العمل والعرف التجارى من جواز المدح المشروع للترويج للمنتجات ، دون أن يعتبر ذلك من قبيل التكليس ، ودون أن يعتبر الكتالوج وثيقة عقدية ، أو جزءا من العقد^(٢) .

بينما يذهب الاتجاه الراجح فى الفقه والقضاء إلى القول بأن الكتالوج له قيمة تعاقدية ، ما دام أنه يتضمن أوصاف محددة ومعلومات دقيقة ومفصلة عن الشيء المبيع وشئنه ، بالإضافة إلى شروط البيع ، ومن ثم يعتبر العرض الوارد فى الكتالوج إيجابا حقيقيا بالتعاقد يرتبط به البائع ، ويلتزم بتنفيذ ما ورد فيه . وإلا تترتب مسئوليته وللتزم بالتعويض قبل المتلقى^(٣) .

ويرجع ذلك إلى أن هذه الكتالوجات بما تتضمنه من معلومات ، تصدر بقصد حث المستهلك وإقناعه بالتعاقد ، فهى من الأمور التى أخذت فسى

(١) KISTNER (J), ibid, P. 200.

(٢) Cass 3e civ, 17 juillet, 1996. Bull. Civ, III n° 197.

(٣) GHESTIN (J), les obligations, le contrat : Formation., op. Cit., n° 303, P. 318.

cass 3e civ, 2 Avril, 1979, Gaz. Pal., 1980 P. 7. Note, PLANQUEEL.

- د. أحمد السيد الزقرد - المرجع السابق - ل ١٨٧ ص ١٨٢ .

الاعتبار عند إصدار الرضاء بالتعاقد ، والقول بغير ذلك يؤدي الى السماح بالدعاية المغرضة والخادعة للجمهور^(١) .

فإذا كان الكتالوج يشتمل على بيانات ومعلومات واضحة ، ومواصفات محددة ، تشرح بطريقة وافية حقيقة المنتج المبيع ، بما يؤثر على رضاء المشتري ويسبب تعلقه ، فإنه يعتبر وثيقة تعاقدية تسمح بترتيب المسؤولية التعاقدية لمحرره ، إما بإلزامه بتسليم شيء مطابق لما كان معنا عنه في الكتالوج ، وإما بمطالبته بدفع التعويضات^(٢) .

٣١- الكتالوج يشتمل على إيجاب بالتعاقد :

يرى أغلب الفقه والقضاء أن عرض البائع لبيانات المبيع وثنمه وشروط البيع في الكتالوج بقصد البيع ، يعتبر إيجاباً حقيقياً بالتعاقد يلتزم البائع به خلال مدة معقولة قد تكون محددة في الكتالوج نفسه^(٣) . وهو ما أزيد ، لأن العرض في هذه الحالة ينصب على طبيعة العقد ، وتعيين المبيع

(١) د. حسام الدين الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام جـ ١ فـ ١٥٥ ص ١٣٣ الطبعة الثالثة ١٩٩٥ م .

(٢) LABARTHE (Françoise), la notion de document contractuel, thèse de doctorat, paris 1, 1993, n°s 175 et 179, PP. 125 et 128.

(٣) V. par ex, en ce sens:

MALINVERNI (pierre), thèse précitée, n° 102, PP. 209 et 210.

BIHL (luc), le droit de la vente, op. Cit., n°s 82 et 83, P. 44.

RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, n° 41 , P. 10.

KISTNER (J), thèse Précitée, PP. 179 et 180.

LEVENEUR (Laurent), note sous cass 3e civ, 17 juillet 1996, contrats, conc, consom, janvier 1997 n° 4, PP. 11 et 12. R.T.D civ, 1997, n° 5, P. 118.

Obs, MESTRE (J),

Cass 3e civ, 13 janv. 1982, J.C.P, 1983, II 20026, note. STEMMER.

Cass 3e civ, 23 janv, 1979, D, 1980, P. 412. Note, STEINMETZ (F). J.C.P.

1979, II 19241. Note, STEMMER (B).

وانظر في الفقه المصري :

د. عبد الرزاق السهوري ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ١٢ ص ٧٤ .

د. أحمد السيد الزرقاد ، المرجع السابق فـ ٧٩١ ص ٣٩١ .

وتحديد الثمن ، وهي العناصر الجوهرية التي تجعل الإيجاب صالحا لأن
ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق .

وإذا كان للكتالوج يقوم بدور هام في الإعلام بحقيقة المبيع ، ويتضمن
إيجابا ملزما بالتعاقد ، فهو يتميز أيضا بكونه وسيلة كتابية ومادية
للإثبات^(١) .

٣١٢- الكتالوج وثيقة عقدية ملزمة وإن ذكر البائع فيه أمور حذره ،
يعتبر الكتالوج وثيقة عقدية ملزمة للبائع ، وجزءا لا يتجزأ من العقد ،
حتى ولو ذكر البائع فيه أنه ليس له إلا قيمة تعريفية . وأنه صدر على
سبيل الدعاية وليس ملزما ، ولا يعتبر جزءا من العقد ، ولا ينشأ أو
يكون مستندا أو وثيقة تعاقدية . فمثل هذا التحفظ يكون باطلا ، متى كانت
المعلومات المدرجة في الكتالوج واضحة ومفصلة ، لأنه يتعارض مع
مضمون الكتالوج والغرض الذي صدر من أجله . ولأن المستهلك عندما
يصدر رضاه بالشراء ، إنما يتأثر في ذلك بالبيانات والمعلومات المدرجة
في الكتالوج ، لأنه يقصد شراء شيء مثل الذي كان موصوفا وموضحا
في الكتالوج^(٢) .

ومن ثم فإن الباعين بالمراسلة لا يستطيعون الاحتجاج بما يذكرونه في
الكتالوج من عبارات تفيد أنه لا يعتبر وثيقة تعاقدية
"ce document n'est pas contractuel" ، لكي يتخلصوا من المسؤولية ،
فمثل هذا التحفظ بطل ، متى كان من شأنه أن يجعل المستند الذي ورد
فيه لغوا ، لأنه يتعارض مع مبدأ التماسق والترابط المنطقي
le principe de cohérence ، والذي من مقتضاه ، إذا اختار الشخص مسلکا
معينا ، فلا محل لوضع تحفظ يغير ويلغى هذا المسلک .

(١) BIZEUL (Bruno)، thèse précitée، n° 76 PP. 74 et 75.

(٢) LABARTHE (Françoise)، thèse précitée، n° 166 P 120 et n° 191، P. 134.

إذ ليس من المشروع قانوناً أن نقول شيئاً وفى نفس الوقت نفعل العكس^(١).

ويلاحظ أن مثل هذه التحفظات لا تكتب فى الغالب إلا بحروف طباعة صغيرة ، وفى ذيل الصفحة أو على جانبها ، بما يصعب على المستهلك التنبيه إليها ، ولذلك يجب على القاضى تدبر هذا الأمر ، والرجوع إلى تفسير الإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

فالمعلنون يريدون حث المستهلك ودفعه إلى الشراء ، والمستهلك يرغب فى شراء شيء مطابق للمواصفات والبيانات المذكورة فى الكatalog . بحيث يجب الأخذ فى الاعتبار ما يفعله المعلنون بقصد حسم رضاء المستهلك ودفعه إلى التعاقد ، لا ما يقولونه من أن هذه الوثيقة ليس لها قيمة تعاقدية^(٢).

٣١٣- ثالثاً : الالتزام بتسليم شيء مطابق للبيانات والمواصفات المذكورة فى الكatalog .

إذا كان الكatalog يعتبر وثيقة عقدية تتضمن إيجاباً تعاقدياً حقيقياً منزماً للبائع ، فإنه يترتب على ذلك قيام الالتزام على عاتق البائع بتسليم شيء

(١) V. en ce sens:

GHESTIN (J), les obligations, op. Cit., n° 304, p. 318.

GHESTIN (J), et DESCHÉ (B), la vente, op. Cit., n° 241, p. 283.

CÉLICE (B), les reserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, L.G.D.J., paris 1968, preface. CARBONNIER. n° 320 p. 167. Et n° 405, p. 200.

LABARTHE (F), thèse précitée, n°s 186 et 191, pp. 132 et 134.

د. حمام الدين الأهواي ، مصادر الالتزام ج ١ - ٥٥١ ص ٢٣١ .

(2) LABARTHE (F), thèse précitée, n°s 191 et 195, pp. 134 et 136.

مطابق في نوعه وأوصافه لما كان مذكورا في الكتالوج^(١). فإذا كانت السلعة المسلمة تنطوى على نقص في جودتها أو مواصفاتها ، بما يجعلها لا تتطابق مع ما كان يتوقعه المشتري منها عندما اطلع على مواصفاتها ورأى رسمها وصورتها في الكتالوج ، كانت السلعة معيبة بعيب عدم المطابقة^(٢).

ويثبت للمشتري الحق في رد السلعة غير المطابقة إلى البيع ، ومطالبته باستردادها ، وإرسال سلعة أخرى مطابقة لما كان معروضا في الكتالوج ، وذلك على نفقة البائع ، فإذا امتنع البائع عن تسليم السلعة المطابقة لما كان واردا في الكتالوج ، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري رفع دعوى التنفيذ العيني مطالبا البائع بتسليم شيء من النوع ذاته الذي تضمنه الكتالوج ، طبقا للمادة (١١٨٤) مدنى فرنسى والمواد (١/٢٠٣) و(٢/٢٠٥) مدنى مصرى ، وذلك إذا كان التنفيذ العيني ممكنا وإلا كان له الحق فى المطالبة بفسخ البيع واسترداد الثمن مع التعويض .

٣١٤- الالتزام بتسليم شيء مطابق لما ورد في الكتالوج يرجع إلى الأثر الإجبارى للالتزام بالإعلام .

يرى جانب من الفقه الفرنسى أن حق المشتري فى رفع دعوى التنفيذ العيني مطالبا بتسليم شيء مطابق فى نوعه وأوصافه لما ورد فى الكتالوج ، يرجع إلى ما يتوافر لالتزام البائع بإعلام المشتري من أثر

(1) V. en ce sens:

DOMINGUEZ (Robert), étude juridique de la vente par correspondance, thèse précitée, p. 156.

REMY (philippe), l'obligation de conformité dans la vente sur référence, R.T.D. civ, 1988, n°1, pp. 368 et 369.

RIPERT (G) et ROBLOT, @, traité de droit commerciale, op. Cit, n° 2512, pp. 617 et 618.

RAYMOND (Guy), vente à distance, op. Cit, n°s 91 et 92, p. 15.

(2) DOMINGUEZ (Robert), thèse précitée, p. 155.

إجباري وإلزامي لهذا الإعلام ، كصفة جزائية عندما يكون الإعلام المقدم مغلوفا فيه أو غير كامل ، وأن توقع الدائن (المشتري) لحالة السلعة على أساس ما ورد عنها من معلومات ومواصفات ، كان توقعا مشروعا^(١) وبذلك تنفيذ نظرية الأثر الإجباري أو الإلزامي للإعلام في معالجة مشكلة عدم المطابقة بين البيانات والمواصفات التي أدلى بها البائع للمشتري عن السلعة في الكatalog وبيّن حقيقة السلعة المسلمة .

٣١٥- مضمون نظرية الأثر الإجباري للإعلام .

ترى الباحثة الفرنسية ، مدام Muriel صاحبة هذه النظرية ، أنه إذا قام المدين (البائع) بتنفيذ التزامه بالإعلام بصورة غير كاملة ، أو على نحو غير دقيق ، كما لو قدم معلومات مغلوطة أو خاطئة des informations erronnées ، أو ذكر لدائنه معلومات غير كاملة incomplètes ، فإن الجزء الأكثر ملائمة والأشد فعالية وردعا ، يتمثل في إلزام المدين وإجباره على أن يجعل الواقع متطابقا مع الإعلام الصادر عنه ، فيتحقق بذلك الانسجام والتطابق فيما بينهما^(٢) .

ولقد فرضت صاحبة هذه النظرية مثلا لتوضيح فكرتها قللة ، إتينا لو فرضنا أن شركة متخصصة في صناعة وتسويق أجهزة كمبيوتر ، أعلنت عن بيع هذه الأجهزة ، وذكرت في مستنداتها الإعلامية الموجهة لعملائها ، أن لديها جهاز خدمة متخصصا في إصلاح أعطال أجهزتها المبيعة للعملاء يعمل طوال اليوم ، ولكنها بعد أن تعاقد أحد العملاء معها ، أنكرت هذه الشركة أية قيمة عقدية لمثل هذه المستندات ، ورفضت تنفيذ مقتضى الإعلام الصادر عنها^(٣) ، ففي هذا المثال قد لا يكون إبطال العقد

(1) FABRE-MAGNAN (Muriel), de l'obligation d'information dans les contrats, thèse précitée, n° 678, p. 532.

(2) FABRE-MAGNAN (M), thèse précitée, n° 664, p. 522.

(3) Fabre-Magnan (M), thèse précitée., n° 637, p. 507.

أو الحكم بالتعويض لصالح الدائن مرضيا له . بل إن الحل الأمثل والجزاء الأفضل هو أن يجبر القاضى لشركة بناء على طلب الدائن ، على تنفيذ مضمون الإعلام الصادر عنها ، وذلك بأن يلزمها بإصلاح جهاز الكمبيوتر من خلال جهاز الخدمة المرفق بها ، ومثل هذا الحل يتسم بالفاعلية ، إذ سيكون من شأنه تثبيط هم المدينين من اللجوء إلى الإعلام المقطوط أو الخادع ، الأمر الذى يساعد على التقليل من صور الدعايات الكاذبة أو المضللة . *les publicités mensongères ou trompeuses* . فضلا عن أن هذا الحل يعتبر مرضيا للدائن الذى يفضل الإبقاء على العقد ، بنفس شروطه التى وافق عليها أولا^(١) .

وتشترط صلاحية هذه النظرية لإعمال وتنفيذ الأثر الإيجابى والإلزامى للإعلام ، ضرورة توسيع المجال أو النطاق التعاقدى ، حتى يمكن إدخال الإعلام المنقول فى المجال العقدى ، بحيث أنه إذا نقل المدين لدائنه إعلاما مقطوطا من شأنه أن يحفز الدائن على إصدار رضائه بالعقد ، معتقدا مطابقتها مع الواقع ، فإن الجزاء المناسب يتمثل فى النظر الى مثل هذا الإعلام كما لو كان داخلا فى نطاق العقد ، وبالتالي يتعين على المدين تنفيذه كسائر الالتزامات المطلوب منه تنفيذها فى إطار العقد^(٢) .

ويترتب على ذلك أن البيانات والمواصفات التى أدلى بها البائع عن حقيقة السلعة فى الكتالوج ، والتى اعتمد عليها المشتري فى إصدار رضائه بالشراء ، إنما تدخل فى النطاق العقدى ، ويلتزم البائع بجعلها مطابقة مع حقيقة الواقع ، عن طريق إلزامه بتسليم شيئا مطابقا لها .

وبذلك يعتبر الكتالوج مستندا عقديا يلتزم البائع بتسليم شيء مطابق لما ورد فيه من بيانات ومواصفات ، وصور ورسومات ، ولوان وإيضاحات

(١) FABRE-MAGNAN (M), *ibid*, n° 643, p. 509.

(٢) FABRE-MAGNAN (M), *ibid*, n° 643, p. 509.

تتعلق بحقيقة السلعة المباعة فضلاً عن إلزامه بإتمام التعاقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في الكتالوج والتي عول عليها المشتري عند إصدار رضائه بالتعاقد .

ولكى يمكن إعمال نظرية الأثر الإجباري أو الإلزامي للإعلام و l'effet obligatoire de l'information ، وذلك بإدخال الإعلام في النطاق العقدي ، وإلزام البائع بتنفيذه عينا وجملة مطابقاً مع حقيقة الواقع ، فبأنه يشترط توافر أمرين :

- الأول ، مفروعية توقع أو إلتفات الحائن .

وذلك بأن يكون الدائن (المشتري) حسن النية ، وأنه يعتقد بصورة مقبولة ومشروعة أن الإعلام الذي نقله إليه مدينه بطريقة غير كاملة أو غير دقيقة ، دأخل في إطار العقد ونطاقه ، وأنه كان له أنسرا عظيما على قراره بإبرام العقد ، وأنه كان يتوقع أن تكون السلعة مطابقة لما أعلمه به المدين عنها ، الأمر الذي دفعه إلى إصدار رضائه بالتعاقد^(١).

- الثاني ، يجب أن يملك المدين وسائل تنفيذ الإعلام المنقول ،

وهذا الشرط يعتبر جوهرياً لإعمال نظرية الأثر الإجباري للإعلام . فإذا ثبتت قدرة المدين على تنفيذ إعلامه المنقول لدائنه ، فيخول الدائن الحق في الحصول على أمر بالتنفيذ الجبري l'exécution Forcée ، أو التنفيذ العيني l'exécution en nature ليجبر المدين على جعل الواقع متطابقاً ومنسجماً مع الإعلام الذي عول عليه الدائن في رضائه بالتعاقد . أما في الحالات التي يستحيل فيها على المدين تنفيذ الإعلام الصادر عنه

(1) FABRE – MAGNAN (M), thèse précitée, n°s 657 et 658, p. 517.

عينا ، فبأنه لا مجال لإعمال نظرية الأثر الإجبارى للإعلام^(١) . وفى هذه الحالة يلجأ الدائن الى المطالبة بإبطال العقد للخطأ أو التليس إذا توافرت شروط أحدهما ، أو طلب التنفيذ بطريق التعويض^(٢) .

وأرى أن هذه النظرية لم تلتجديد . بل هى تطبيق للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات ، حيث تطالب بالتنفيذ العينى للالتزام بالإعلام عند دخوله فى النطاق العقدى بالاتفاق على مضمونه ، والأصل وفقا للقواعد العامة فى نظرية الالتزامات أن يتم تنفيذ الالتزام عينا . فمثلا : إذا عرض شخص على آخر بيع شئ يحوى مواصفات معينة وعين ثمنه ، فإن هذا يعتبر عرضا للبيع وإيجابا ملزما له ، فإذا قبل الطرف الآخر شراء هذا الشئ الذى يحوى تلك المواصفات ، فإن العقد يتم ، ومن ثم يلتزم البائع بتنفيذه عينا ، وتسليم شئ مطابق فى مواصفاته لما تم الاتفاق عليه ، فإذا لم يقم المدين (البائع) بتنفيذ التزامه جزا للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض (المواد ٢٠٣ و ٢٠٥ مدنى مصرى) . وإنما ثبت الأثر الإجبارى للإعلام لكونه يعتبر أحد عناصر الإيجاب الملزم للبيع ، فهذا الإعلام هو الذى عين للشئ وميزه عن غيره ، فالبائع عرض ببيع شئ بمواصفات معينة ، والمشتري قبل شراء هذا الشئ الذى يحوى تلك المواصفات ، فبتم العقد ويجبر البائع على تنفيذ التزامه عينا بتسليم الشئ الذى يحوى المواصفات التى تم الاتفاق عليها وقت البيع . (المادة ٤٣١ مدنى مصرى).

(١) FABRE – MAGNAN (M), ibid, n° 664 et 665, p. 522.

(٢) FABRE – MAGNAN (M), ibid, n° 669, p. 526.

ومما هو جدير بالذكر ، أن التزام البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع وإن كان يجب تنفيذه قبل التعاقد ، بحيث يجب على البائع أن يقوم بالإعلام الصحيح عن الشيء عند عرضه للبيع في الكتالوج ، إلا أنه بعد قبول هذا العرض بما ينطوي عليه من معلومات تتعلق بالشيء المبيع والتمن ، فإن مضمون هذا الإعلام يدخل مع الشيء الذي ينصب عليه في النطاق العقدى ، ويلتزم البائع بتنفيذه كسائر التزاماته العقدية . ويرجع ذلك الى أن المعلومات والمواصفات التي أدلى بها البائع للمشتري وقت العقد هي التي حددت حالة الشيء الذي أُنصب عليه قبول المشتري، فيلتزم البائع بأن يسلم للمشتري الشيء المطابق في مواصفاته لما تم الاتفاق عليه وقت البيع : (المادة ٤٣١ مدنى مصرى) .

وبالإضافة إلى حق المشتري في المطالبة بالتفويض العينى ، أو التنفيذ بطريق التعويض عندما يكون التنفيذ العينى مستحيلا ، فإنه ثبت للمشتري أيضا الحق في رد السلعة إلى البائع بالمراسلة واستبدالها بأخرى مطابقة ، أو ردها واسترداد الثمن خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم ، على أن يتحمل مصاريف الرد ، وذلك وفقا لنص المادة الأولى من التشريع الفرنسى رقم (٨٨-٢١) الصادر فى ٦ يناير ١٩٨٨م^(١) .

وإذا كان إيجاب البائع يتم بـالكتالوج ، والذي يتضمن عرض السلعة للبيع مع بيان مواصفاتها وثمنها وشروط البيع ، ولا يتمكن المشتري من فحص السلعة واختبارها قبل الشراء ، فمن الضروري أن يكون الكتالوج على وجه الخصوص واضحا ومحددا ودقيقا ، فإى بيان

(1) la loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et "le télé-achat", par.

- PAISANT (G), J.C.P, 1988, doctrine, 3350.

- RAYMOND (Guy), vente à distance, op. Cit., n°s 91 et 93, p. 15.

- DOMINGUEZ (Robert), these précitée., p. 156.

مغلوط فيه أو من طبيعة تضلل المشتري يكون جريمة الإعلان الكاذب^(١). والبيانات أو المعلومات المدرجة في الكتالوج يمكن أن تكون صحيحة ، ورغم ذلك لها أثر مضلل أو خادع . ولذلك ينبغي تحليل الرسالة التي يحملها الكتالوج في أثرها الشامل أو الكلي ، والذي سيثير أو يحدث عند المشتري توقعا عن السلعة ، وهذا التوقع لا يمكن أن تكون السلعة مطابقة له^(٢).

ولا يشترط توافر قصد أو نية للتضليل ، للحكم بالإدانة عن الإعلان الذي من طبيعة مضللة وخادعة ، فالذي يؤخذ في الاعتبار هو النتيجة الضارة فحسب ، أي التضليل أو الخديعة^(٣).

وفي هذا الخصوص افترض القضاء الفرنسي سوء نية البائع المهنى ، بل اعتبره سوء النية فعلا لتهاونه في التحقق من صحة ودقة البيانات المعطاة ، متى كانت الظروف تفرض هذا التحقق في الحالة التي تثبت فيها أن الكتالوج أو أية وسيلة إعلان أخرى أدت إلى خداع أو تضليل المستهلك ، وهو ما يستوجب توقيع جزاء بصفة أصلية على البائع المظن ، عن الإعلان الخادع والمضلل^(٤).

٣١٦- راجع : إبراء عقد البيع بالكتالوج وتنقيحه .

البيع بالكتالوج أحد طرق التعاقد بالمراسلة ، حيث يتم البيع بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا ،

(1) BIHL (Iuc), le droit de la vente, op. Cit., n° 82, p. 44.

(2) KISTNER (J), thèse précitée, p. 235.

(3) KISTNER (J), ibid, p. 237.

(4) KISTNER (J), ibid, pp. 238 et 239 .

Crim, 20 mars 1979, Gaz. Pal, 1980, I. P. 56

Trib. Corr. Amiens, 30 novembre 1976, J.C.P 1978, II, p. 188.

بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به^(١).

ومن ثم يتم إبرام عقد البيع بالكتالوج وتنفيذه عن بعد بطريق المراسلة .

٣١٧- إبرام عقد البيع بالكتالوج .

يتم إبرام عقد البيع بالكتالوج بارتباط إيجاب البائع بالمراسلة مع قبول المشتري ، والذي يجب أن يأتي مطابقاً للإيجاب . وتتأش علاقة تعاقدية تخضع للقواعد العامة في القاتون المنى ، إلا أنه نظراً لكون هذا العقد يتم بين أشخاص غير حاضرين ، فإنه يخضع أيضاً للنصوص المتعلقة بحماية المستهلك .

- الإيجاب : هو للتعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه^(٢) .

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه : "عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين"^(٣).

ويجب أن يشتمل الإيجاب على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد ، حين يصادفه قبول مطابق ، فلو أن العقد المراد إبرامه عقد بيع وجب أن يشتمل الإيجاب الصادر في شأنه من البائع على أن المقصود هو البيع وتعيين كاف للمبيع وتحديد للثمن^(٤) .

وتتطبق هذه القواعد على إيجاب البائع بالمراسلة ، فتوزيع الكتالوجات التي تشتمل على عرض للملح والمنتجات وبيان لمواصفاتها ، بالألوان

(١) د. عبد الحميد فرج الصده ، نظرية العقد ، المراجع السابق لـ ١٩٨ ص ٢٨٧ .

(٢) د. عبد الحميد فرج الصده ، المراجع السابق لـ ١٥٣ ص ٢١٠ .

(٣) نقض مدني مصري ١٩ يولييه ١٩٦٩ م ، الطعن رقم ٣٢٣ س ٢٥ ق ، مجموعة المكسب القسني السنة ٢٠ ص ١٥١٧ .

(٤) د. عبد الحميد فرج الصده ، المراجع السابق لـ ١٥٣ ص ٢١٠ .

- د. عبد الودود يحيى ، مصادر الالتزام ، المراجع السابق لـ ٢٥ ص ٣٤ .

والرسم والصور ، مع ذكر ثمنها بقصد بيعها ، يعتبر إجباريا تعاقديا حقيقيا، يلتزم به البائع خلال المدة المحددة في الكتلوج .
ويتم العقد بالقبول المطابق لهذا الإيجاب من قبل العميل المرسل إليه الكتلوج^(١) .

القبول : هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، بما يفيد موافقته على الإيجاب^(٢) .

ويتم البيع بالكتلوج بقبول العميل للعرض المدرج في الكتلوج ، والذي ينصب على المبيع وثنمه ، ويجب أن يكون القبول حقيقيا ومطابقا للإيجاب في كافة عناصره . وهذا القبول يتأخر وقت صدوره عن وقت الإيجاب ، حيث يكون هذا الأخير في لحظة توزيع الكتلوجات وإرسالها إلى العملاء^(٣) .

٣١٨- زمان إبرام عقد البيع بالكتالوج ومكانه :

لم يتدخل المشرع الفرنسي لتحديد زمان ومكان إبرام العقد الذي يتم عن بعد بطريق المراسلة ، مما أثار الجدل والخلاف في الفقه والقضاء الفرنسيين حول هذا الأمر .

(1)V. en ce sens:

BIHL (Iuc), le droit de la vente, op. Cit, n°s 82 et 83, p. 44.

RAYMOND, vente à distance, op. Cit, n° 41, p. 10.

KISTNER (J), thèse pérecitée., pp. 179 et 180.

MALINVERNI (pierre), thèse pérecitée, n° 102, pp. 209 et 210.

د. عبد الوعم فرج الصده ، المرجع السابق لـ ١٦٧ ص ٢٢٤ .

د . عبد الودود يحيى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق لـ ٢٨ ص ٣٧ .

(3)REQ. Quest. Écrite. N° 33637 :J.O.A.N (Q) 28 Janvier 1991, p. 303.

RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, n° 131, p. 21., contrats, conc, consom, 1991, n° 69, p. 15. Fase, 1340.

فذهب جانب من الفقه الفرنسى الى القول بأن العقد يتم باستلام البائع لقبول المشتري ، بحيث يمكن للبائع أن يرجع فى إيجابه ما دام أنه لم يتسلم القبول .

كما يستطيع المشتري أن يبطل قبوله ما دام أن هذا القول لم يصل إلى البائع بعد ، ويكون ذلك عن طريق إرسال تلغراف مثلا يفيد العدول عن القبول^(١) . ويجب أن يكون الموجب قد علم أو على الأقل فى إمكانه أن يحتم بإرادة القبل ، والوقت الذى يكون مأخوذا به ، هو ذلك الوقت الذى يكون فيه خطاب القابل مسلما إلى الموجب^(٢) .

وذهب بعض الفقه إلى القول بأن العقد يكون مبرما فى الوقت الذى يكون فيه القبل أرسل إرادته ، ولا يهم أن يكون الموجب قد علم بهذا القبول . وإثبات إرسال الإرادة يتحقق بوسيلة الإرسال ، كالخطاب المسجل بالبريد^(٣) .

والقضاء الفرنسى ظل منقسما بين تطبيق نظريتي الإرسال والاستلام . وقررت محكمة النقض الفرنسية أن تحديد زمان ومكان إبرام العقد مسألة واقع تتعلق بتقدير ظروف الحال من قبل قاضى الموضوع^(٤) .
فحسب الأحوال قد يقرر القاضى أن العقد يتم عند إرسال قبول الإيجاب ، أو عند استلام هذا القبول من الموجب^(٥) .

(1) BIHL (Iuc), le droit de la vente, op. Cit., n° 83, p. 44. Cass civ, 21 decembre 1960, D, 1961. P. 417. Note, MALAURIE.

(2) RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit., n° 69, p. 13.

(3) RAYMOND (Guy), ibid, n° 68, p. 13.
MALAURIE, note sous, cass 2e civ, 21 decem. 1960, D, 1961, p. 417.

(4) Com 4e Com, 22 juin 1976, Bull. Civ, IV, n° 215.

(5) Collart Dutilleul et Delebecque, contrats civils et commerciaux, op. Cit., n° 103, p. 93.

وقد أخذت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بمذهب تصدير القبول وإرساله ، فقررت أن العقد يكون مبرما بإرسال القبول ، فلا يجوز للقبول العول عن العقد في الوقت الذي يكون فيه القبول مرسلًا^(١) .

والقانون المدني المصري قد حسم هذا الخلاف بنصه في المادة (٩٧) على أنه : "١- يعتبر التعاقد ما بين الغالبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعطى فيهما للموجب بالقبول ، ما لم يوجد انفاسق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك .

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول". ويتضح من نص هذه المادة أن تعيين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد ، يرجع فيه أولاً إلى إرادة المتعاقدين ، فإذا كان هناك اتفاق يتناول هذه المسألة وجب الأخذ به ، وفي هذه الحالة يصبح التعيين مسألة موضوعية . وفي حالة عدم وجود اتفاق في هذا الشأن ، إذا كان هناك نص خاص يتولى تعيين الزمان والمكان في الحالة المعروضة ، وجب الأخذ بحكمه . فإذا لم يكن هناك اتفاق أو نص خاص ، انطبق حكم النص العام (المادة ٩٧ مدني مصري) ، فيعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يعطى فيهما للموجب بالقبول ، وهذا هو مذهب العلم بالقبول .

ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به ، وهذه القرينة يجوز نقضها بالدليل العكسي ، كأن يثبت الموجب أنه لم يعطى بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض^(٢) .

^(١) Cass 4e com, 7 janvier 1981, Bull. Civ, IV, p. 11. J.C.P. 1981, IV, p. 96., R.T.D, civ, 1981 p. 849. Obs, CHABAS.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق لـ ٢٠١ ص ٢٩٢ و ٢٩٤ .

٣٦٩- طرق القبول :

يتم قبول العميل للإيجاب الصادر من البائع بالمراسلة بإحدى طريقتين :
الطريقة الأولى : أن يقوم العميل بملاً وإتمام بيانات صيغة طلب السلعة
le bon de commande المدرجة بالكتالوج ، وإرسالها إلى البائع عن
طريق البريد ، وفيها يحدد العميل اسم السلعة ورقمها ومواصفاتها
و ثمنها، وطريقة الدفع التي يفضلها^(١) .

وصيغة طلب البضاعة يجب أن تكون موقعة من القابل ، فإذا لم تكن
موقعة فلا تستطيع مؤسسة البيع بالمراسلة الاحتجاج بها على العميل .
ويجب على شركة البيع بالمراسلة أن تتحقق من أنه يوجد تطابق بين
اسم القابل والتوقيع^(٢) .

- بيانات صيغة طلب البضاعة :

تشتمل صيغة طلب البضاعة على البيانات الآتية :^(٣)

أ- بيانات خاصة بالعمل :

وهي اسم العميل ولقبه وتاريخ الميلاد ، وعنوانه ورقمه البريدي واسم
المدينة . فضلاً عن رقم العميل في سجلات العملاء لدى شركة البيع
بالمراسلة .

ب- بيانات خاصة بالملحة :

وتتضمن رقم الصفحة التي توجد فيها صورة ومواصفات السلعة
بالكتالوج ، وترتيبها في الصفحة واسم السلعة والرقم الخاص بها
la référence ، ومواصفاتها وكميتها .

(1) DELEGUE (Béatrice), thèse précitée, p. 104.

- RAYMOND (Guy), la vente des marchandises, op. Cit, p. 42., et la vente à distance, op. Cit, n° 42, p. 10.

(2) RAYMOND Guy, vente à distance, op. Cit, n° 44. P. 10.

(3) V. par. Ex : le catalogue de "Quelle" Automne- HIVER, 97-98, p. 760.

- Le catalogue de "IKEA", 97, p. 357.

٣- بيانات خاصة بالثمن وملحقاته :

بيان ثمن السلعة ، وبيان المصروفات الإضافية الخاصة بالشحن أو التعبئة والتغليف ، أو التركيب بالنسبة للأجهزة الضخمة ، فضلا عن بيان الثمن الإجمالي .

٤- بيان طريقة الدفع ،

بحيث يختار العميل طريقة الدفع التي يفضلها ، نقدا أو بشيك أو بـ كارت بنكى ، والدفع مقدما عند الطلب ، أو عند التسليم ، أو الدفع الآجل على مرتين أو أربع مرات .

٥- خاتمة خاصة ببيان : تاريخ طلب الشراء وتوقيع العميل .

٦- بيان الشروط العامة للبيع . وتكون هذه الشروط مفصلة في ظهر صيغة طلب البضاعة وفى الكتالوج .

الطريقة الثانية : القبول بالتليفون أو المينيتل ،

يستطيع العميل إبلاغ البائع بقبوله للشراء للسلعة التى وقع اختياره عليها عن طريق التليفون أو المينيتل . ويجب على العميل أن يذكر رقمه فى سجل العملاء إذا كان قد سبق له التعامل مع الشركة ، وأن يبين رقم السلعة التى يطلب شرائها ، واسمها ومواصفاتها ومقاسها وكميتها ، وأن يحدد طريقة دفع الثمن وطريقة التسليم . كما يستطيع العميل أن يتأكد من وجود السلعة المقصود شرائها ، والحصول على معلومات تكميلية عنها ، وذلك عن طريق التليفون^(١) .

ولكن يثير إعلان القبول عن طريق التليفون صعوبات تتعلق بكيفية إثباته^(٢) .

(1) RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit., n° 46, p. 10

DELEGUE (Béataice), la vente par catalogue, thèse précitée, p. 10.

(2) RAYMOND (Guy), idid, n° 46, p. 10.

٣٣٠- التكييف القانوني للبيع بالكتالوج :

هو عقد بيع يتم بين غائبين بطريق المراسلة . الموجب فيه هو البائع بالمراسلة ، حيث يعرض بيع السلعة ويبين مواصفاتها و ثمنها وشروط البيع في الكتالوج ، ويقوم بتوزيعه وإرساله إلى الصلاء ، والقابل في هذا العقد هو العميل أو المستهلك الذي اطلع على مواصفات السلعة و ثمنها في الكتالوج ، وقبل شرائها .

ونظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد ، وكونه يتم بين غائبين ، فإنه يفصل بين صدور الإيجاب من البائع بالمراسلة وبين إعلان القبول من قبل العميل ، فترة زمنية ، ولذلك قررت محكمة استئناف NIMES بحكمها الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٨٦ م ، أن البيع يصبح تاما وكاملا في لحظة قبول العميل وموافقه على الشيء والتمن ، على أن يكون هذا القبول ماديا وحقيقيا بإثباته في صيغة طلب البضاعة والتوقيع عليها^(١) .

٣٣١- تنفيذ العقد .

تنفيذ عقد البيع بالكتالوج يخضع للقواعد العامة في قانون البيع . إلا أن هذا التنفيذ يدخل عليه بعض التعديلات العملية نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد ، والذي يتم فيه إرسال السلعة وتسليمها ، وكذلك دفع ثمنها عن بعد^(٢) .

- الالتزام بتسليم السلعة .

في البيع بالكتالوج يعتبر البائع قد نفذ التزامه بالتسليم إذا قام بتسليم السلعة إلى الناقل ، ويجب أن تكون السلعة مطابقة في مواصفاتها لما كان

(1) R.E.Q, Quest, écrite, n° 33637 : J.O.A.N (Q) 28 Janvier 1991, p. 303.
Contrats. Conc. Consom, 1991, n° 69 p 15 Fasc 1340, note par. RAYMOND (Guy).

(2) RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, n° 73, p. 14.

معنا عنه في الكتالوج .

ويجب على البائع إثبات تنفيذه للالتزام بالتسليم، ويتم ذلك عن طريق توقيع مستند الاستلام من قبل المشتري ، وهذا المستند يحمله الناقل للسلعة . وإخلال البائع بالمراسلة بالتزامه بالتسليم ، يؤدي إلى فسخ البيع مع الالتزام برد الثمن ودفع التعويضات إلى المشتري^(١) .

ولكن الصعوبة الأصلية تتعلق بمدة التسليم ، والتي قد تكون بين خمسة عشر يوما أو سنة أسابيع ، وقد تطول المدة بسبب البائع أو الناقل ، وهنا تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية ، بإعطاء المستهلك حق المطالبة بتعويض الضرر عن التأخير في تنفيذ العقد . أي التأخير في تسليم السلعة^(٢) .

- الالتزام بدفع الثمن :

هناك نماذج ثلاثة لتنفيذ الالتزام بدفع الثمن في البيع بالمراسلة :

- الأول ، الدفع عند الطلب : Paiement à la commande

وفي هذه الحالة يرفق العميل مع طلب شراء السلعة ، مبلغ أو قيمة هذه السلعة ، إما بشيك وإما بحوالة بريدية . فإذا كان طلب السلعة يتم بالتليفون ، فإن العميل يستطيع أن يعطى للشركة رقم الكارت البنكي الخاص به ، ليتم خصم ثمن السلعة من حسابه بالبنك .

وهذا النموذج للدفع لا يفرض أية مشاكل حقيقية بالنسبة لشركة البيع بالمراسلة ، ولكن لهذه الطريقة مخاطر على العميل ، حيث يتم دفع ثمن السلعة مقدما عند طلبها وقبل استلامها ، وقد لا تكون الشركة جادة ، فلا تقوم بتسليم السلعة ، وقد تقلص الشركة ويدخل المبلغ المدفوع

(1) C. A. paris, 6 nov-1996, contrats, conc. Consom, juillet 1997. n° 127, p. 16.

RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, nes 91 et 92 p. 15.

(2) BIHL (Iuc), le droit de la vente, op. Cit, n° 85, p. 46.

فى أصولها، ويصبح من مال التفليسة^(١) .

الثانى : الدفع فى مقابل تسليم البضاعة paiement contre
remboursement

فى هذا النموذج دفع الثمن يتأخر حتى استلام السلعة ، والعقد هنا يتحول
الى بيع تحت شرط استلام السلعة ، فلا تنتقل ملكية المبيع الى المشتري
إلا وقت الاستلام .

وشروط مقابل الدفع يمكن أن يتحلل كشرط لنقل المخاطر ، فلو المرسل إليه
لم يتسلم السلعة ، فإن يقوم بدفع الثمن ، وتكون مخاطر هلاكه أو فقد
الشيء المبيع قبل التسليم على شركة البيع بالمراسلة . والدفع عند
التسليم قد يتم بنقود مائنة أو شيك^(٢) .

الثالث : الدفع الآجل : Paiement différé à Crédit

قد يكون الثمن مؤجلا ، فيتم الوفاء به على دفعتين أو أربع ، ومن
الشركات الفرنسية التى تمارس هذه الطريقة فى الدفع مع عملائها
LES TROIS SUISSESet La REDOUTE ، وهذا الشكل للأئتمان
يخضع لنصوص التشريع الفرنسى رقم (٧٨-٧٢) ، الصادر فى ١٠ يناير
١٩٧٨^(٣) .

٣٢٢- تبعة فقد السلعة وهلاكها .

فى البيع بالمراسلة فإنه بداية من تسليم السلعة الى الناقل لتوصيلها الى
العميل ، فإنها ترسل - فيما عدا وجود شرط مخالف - على تبعة
ومسئولية المرسل إليه ، فيتحمل العميل وحده مخاطر فقد السلعة

(1) V. en ce sens :

KISTNER (J), thèse précitée, p. 200.

RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, n° 75, p. 14., et la vente
des marchandises, op. Cit, p. 43.

(2) KISTNER (J), thèse précitée, p. 200.

RAYMOND (Guy), Vente à distance, op. Cit, n° 77, p. 14.

(3) RAYMOND (Guy), ibid, n° 78, p. 14.

هالكها وتلفها ، وذلك في حالة ما إذا كان الدفع عند الطلب .
والعميل أن يبيلشر دعوى التعويض ضد الناقل ، وفقا للمادة (١٠٥) من
قانون التجارة الفرنسي^(١) .

٣٣٣- إثبات وجود العقد .

الصعوبة الحقيقية تكمن في إثبات وجود عقد البيع بالكتالوج من قبل
البائع ، فإذا كان العقد يتم بقبول العميل ، فإنه يقع على عاتق البائع إثبات
وجود هذا القبول بتصرف مادي وإيجابي ، كخطاب أو بيان طلب البضاعة
الموقع من العميل ، ولكن إشتراط وجود هذا الإثبات المادي سيكون عقبة
في تطور البيع بالكتالوج ، عندما يتم إعلان القبول بواسطة التليفون أو
عبر الوسائل التقنية الحديثة للإعلام والاتصال عن بعد^(٢) .

(1) C. A paris, 6 nov. 1996, contrats, conc, consom, juillet 1997, n° 127, p. 16.
RAYMOND (Guy), vente à distance, op. Cit, n° 101, p. 17. Et la vente des
marchandises, op. Cit, p. 43.

(2) BIHL (Iuc), le droit de la vente, op. Cit., n° 84, p. 45.
Cass com, 20 Fév, 1979. D, 1979, I.R. p. 286.

المبحث الثانى

وصف المبيع بواسطة البرنامج فى الفقه الإسلامى

٣٣٤- تمهيد :

البيع على البرنامج فى الفقه الإسلامى يقع تحت عموم البيع على الوصف، حيث يتم تدوين البيانات والأوصاف الخاصة بالمبيعات فى البرنامج لإعلام المشتري بها وإبرام التعاقد على أساسها .
ويعتبر مذهب الملكية هو أكثر المذاهب تفصيلا فى بيان حكم البيع بالاعتماد على الأوصاف المدونة فى البرنامج . أما فى المذاهب الفقهيّة الأخرى ، فيستفاد من أقوالهم فى حكم البيع بالوصف .
ونوضح ذلك فيما يلى :

٣٣٥- معنى البرنامج فى اللغة :

البرنامج : كلمة فارسية "برنامج" ج : برامج . وهو فى الأصل الورقة الجامعة للحساب ، أو التى يرسم فيها ما يحمل من بلد الى بلد من أمتعة التجار وملتهم^(١) .

٣٣٦- معنى البرنامج فى اصطلاح الفقهاء :

عرفه العلامة أحمد الدردير بقوله : البرنامج بفتح الباء وكسر الميم أى دفتر المكتوب فيه أوصاف ما فى العنل من الثياب المبعة لتشتري على تلك الصفة^(٢) .

(١) المعجم الوسيط ، الجزء الأول ، باب الباء ، ص ٥٤ الطبعة الثانية . النجد لى اللغة والاعلام ، مادة "برن"

ص ٣٦ ط دار المشرق بيروت ، الطبعة السابعة والعشرون .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٤ .

وعرفه العلامة الحطاب بقوله : البرنامج بفتح الباء وكسر الميم ، وهى لفظة فارسية استعملها العرب ، والمراد بها ، الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العدل^(١) .

٣٢٧- آراء الفقهاء فى حكم البيع على البرنامج :

اختلف الفقهاء فى حكم البيع على البرنامج تبعا لاختلافهم فى حكم بيع العين الغائبة على الوصف^(٢) .

فلم يجز الأحناف ، الى أنه يجوز البيع بالوصف لما فى العدل بشرط أن يكون ما فى العدل مطابقا لما ذكر فى العقد من حيث العدد . وقد مثل له العلامة ابن عابدين بقوله : "بعتك ما فى هذا العدل على عشرة أثواب بمائة درهم" ، إلا أنه إذا وجد أزيد مما تعاقدنا عليه أو أنقص فسد العقد . لأنه فى الزيادة يحتاج الى رد الزائد ولا يعطى عينه فيتنازعون ، أما النقص فيؤدى الى الجهالة ، حيث لا يعطى للتوب الناقص حصّة معطومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قسرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا^(٣) .

ومحمد المالكية ، يجوز البيع على البرنامج إذا ذكر البائع فى البرنامج بيانات المبيع وأوصافه ، وبين نوعه وصفه ومقداره وعدده ، وثمن كل وحدة من المبيع .

ويستفاد ذلك من أقوال فقهاء المالكية فى حكم البيع بالبرنامج ، فقد جاء فى المدونة الكبرى : "وقول الإمام مالك فى الرجل يقدم له أصناف من البز فيحضره السوكم ويقرأ عليهم برنامجهم ، ويقول فى عدل كذا وكذا ،

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٩٤ .

(٢) راجع : فى حكم بيع العين الغائبة على الوصف فى ١٩٦ ص ٣٦٠ وما بعدها من الرسالة .

(٣) رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٣٥ .

ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته ، ثم يقول اشتروا على هذا فيشترون ويخرجون الأعدال على ذلك فيفتحونها فيشتغلون ويبرمون ، أن ذلك لازم لهم إذا كان ذلك موافقا للبرنامج الذى باعه عليه^(١) . وقال العلامة أحمد الدردير : "جاء بيع وشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة فى البرنامج"^(٢) . وقال العلامة الخرشى : "جاء البيع أو الشراء معتمدا فيه على الأوصاف المكتوبة فى البرنامج ، والمراد به الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العذل"^(٣) .

وإذا وجدت السلعة مطابقة للأوصاف المذكورة فى البرنامج فإنه يلزم المشتري قبولها ، أما إن وجدت مخالفة خير المشتري فى قبولها أو ردها.

فقد جاء فى المدونة : "قال الإمام مالك : فهذا الذى لم يزل الناس يجيزونه بينهم إذا لم يكن المتاع مخالفا لصفة البرنامج"^(٤) .

وجاء فى الشرح الكبير للعلامة الدردير وفى شرح العلامة الخرشى : "فإن وجد على للصفة لزم وإلا خير المشتري"^(٥) .

وبذلك يجوز عند فقهاء المالكية ، بيع ما فى العذل من نحو الثياب على رؤية أو سماع ما كتب فى الدفتر من أوصاف المبيع ، وهذا المعنى بالبرنامج ، فإن وجد المشتري ما فى العذل موافقا للصفة لما كتب فى الدفتر لزمه البيع وإلا خير^(٦) .

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك جـ ١٠ ص ٤٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٤ ، والشرح الصغير مع بلمة السالك جـ ٢ ص ٣٦٤ .

(٣) شرح الخرشى جـ ٥ ص ٣٣ .

(٤) المدونة الكبرى جـ ١٠ ص ٤٤ .

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ٢٤ .

(٦) د. محمد محمد يوسف البروى ، رسالة فى البيع على ملحق الإمام مالك ص ٦٢ .

ومحمد الخاضعية ، يأخذ البيع بالبرنامج نفس حكم بيع العين الغائبة على الصفة . وفيه قولان . أحدهما : صحة العقد مع ثبوت الخيار للمشتري إذا رأى المبيع ، وهذا مبنى على قول الإمام الشافعى فى مذهبه القديم والآخر : البطلان ، وهذا مبنى على قول الإمام الشافعى فى مذهبه الجديد^(١) .

ومحمد الحابلية : يأخذ البيع بالبرنامج ، حكم بيع الشيء الغائب على الصفة إلا أنهم يفرقون بين نوعين من العقود . أحدهما : أن يكون العقد على عين معينة حاضرة مستورة ، كجارية منتقبة وأمتعة فى ظروفها ، أو نحو ذلك ، وهذا البيع يفسخ العقد عليه برده على البائع ، بنحو نقص عيب أو نقص صفة ، كما يفسخ بتلفه قبل قبضه لزوال محل العقد . والثانى : أن يكون العقد على عين غير معينة ، كأن يقول : بعته ثوبا أو اثوابا من صفاتها كذا وكذا ، بأن يصفه بأوصاف يصح بها السلم ، وهذا النوع لا يفسد العقد برده على البائع لنحو عيب ، لأن العقد لم يقع على عينه ، بل يصح له أن يبدل المبيع المعيب له بغيره ، إلا أنه يشترط فى صحة هذا النوع قبض المبيع أو قبض ثمنه فى مجلس العقد ، لأنه فى معنى السلم^(٢) .

٣٣٨- حكمة مخرومية البيع بالبرنامج :

أجاز الفقهاء البيع على البرنامج للضرورة ، لما فيه من التيسير على البائعين ورفع الحرج والمشقة عنهم ، لأن حل العجل فيه حرج على البائع

(١) المجموع شرح المهلب جـ ٩ ص ٢٨٨ و ٣٠١ .

(٢) كشاف النواع عن معن الإجماع جـ ٣ ص ١٦٣ و ١٦٤ .

من تلويثه ومؤنه شدة إن لم يرضه المشتري فأقيمت للصفة مقام الرؤية^(١).

وأرى أنه فيه أيضا تيسيرا على المشتري إذ يمكنه الاطلاع على أوصاف المبيعات ، واختيار ما يناسب حاجته منها وهو فسي داره ، وذلك عن طريق اطلاعه على البرامج المرسلة من التجار ، دون حاجة الى الانتقال الى المتجر ، وفي هذا توفير للوقت والجهد ، وتحقيق لمصلحة المتبايعين.

٣٢٩- دليل مشروعية البيع بالبرنامج :

استدل فقهاء المالكية على جواز البيع بالبرنامج ، بما ورد في حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين ، عن الملامسة والمنابذة ، فقال : "اللامسة أن يبتاع القوم السلعة لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها ، والمنابذة أن يتناذب القوم السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها".

وجه الدلالة : يدل الحديث على أن الإخبار عن السلعة جائز ، وهو خارج مما نكره رسول الله ﷺ^(٢).

٣٣٠- وجوب مطابقة المبيع للبيانات والأوصاف المكتوبة في البرنامج.

يجب أن تكون السلعة مطابقة للبيانات المذكورة في البرنامج من حيث الأوصاف والعدد وغيرها من البيانات ، وإلا خیر المشتري في قبولها أو

^(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٢٤ شرح الحرفي حـ ٥ ص ٣٣ . د. طه ريان ، المرجع السابق ص ٧٧ .

^(٢) للمدونة الكبرى جـ ١٠ ص ٣٨ و ٤٤ .

ردھا^(١) . فإن وجدت السلعة مطابقة للأوصاف المذكورة ففى البرنامج ولكن وجد فى العدل زيادة فى العدد على ما فى البرنامج ، كما لو اشترى عدلا ببرنامج على أن فيه خمسين ثوبا ، فوجد فيه أحدًا وخمسين ، فقال الإمام مالك : يرد منها ثوبا كيف وجده فيه ، أى يرد أى ثوب شاء رده . قال ابن القاسم وقول الإمام مالك الأول أحب إلى . وإن وجد ففى العدل تسعة وأربعين ثوبا ، وضع عنه من الثمن جزءا من خمسين جزءا ، كما قاله فى المدونة ، فإن وجد فيها أربعين ثوبا مثلا ، قال الإمام مالك إن وجد من الثياب أكثر مما سمي لزمه بحقه من الثمن ، وإن كثر النقص لم يلزمه رد المبيع أى إن شاء ولا يتعين الرد^(٢) .

والمطابقة يجب أن تشمل جميع أوصاف المبيع وبيئاته وكذلك ألوانه ، لأن اللون قد يكون وصف أساسى بالنسبة للمشتري ، ولذلك يجب أن يكون المبيع مطابقا فى لونه مع ما هو مدرج فى الأوراق المسماة بالبرنامج ، حيث يعتمد المشتري فى علمه بهذه الألوان على رؤيته لما هو مدرج بأوراق البرنامج .

وفى ذلك يقول العلامة ابن عابدين : "إذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ويلصقون القطع فى ورقة فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ، ويكون طول الثوب وعرضه معلوما ، فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئى والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغى أن يسقط خيار الرؤية"^(٣) .

(١) الملونة الكبرى جـ ١٠ ص ٤٤ ، الشرح الكبير للردوير جـ ٣ ص ٢٤ شرح الخروشى جـ ٣ ص ٣٢ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٤ ، الملونة الكبرى جـ ١٠ ص ٤٣ و ٤٤ .

(٣) رد المختار على الدر المختار جـ ٤ ص ١٠٢ .

٣٣١- اختلاف المتبايعين على البرنامج :

إذا ادعى المشتري على البرنامج بعدما قبض المتاع وغاب عليه ، أو بعدما قبض المتاع ونلف البرنامج ، عدم موافقة ما في الجدل لمسا هو مكتوب في البرنامج ، وادعى البائع الموافقة ، فإن البائع يحلف أن ما في العدل موافق للمكتوب في البرنامج ، وهذا إذا قبضه المشتري على تصديق البائع ، أى على أن القول قول البائع بيمينه ، فإن نكل جلف المشتري أنها مخالفة لما في الجدل ورد المبيع ، وحلف أنه ما بدل فيه وأن هذا هو المتاع بعينه ، فإن نكل كالبائع لزمه . وإن قبضه المشتري على أنه مصدق ، كان القول قوله ، وكذا إذا قبضه ليقلب وينظر . وإذا كانت القاعدة أن يحلف المدعى عليه لا المدعى ، وهنا قد حلف البائع وهو مدع للموافقة ، إلا أن البائع وإن ادعى الموافقة ، فهو مدعى عليه فى المعنى ، لأن المدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل ، وهذا كذلك ، إذ الأصل الموافقة^(١) .

وإن وافق البائع المشتري على أن المبتاع ما أتى به ، وقد بقى الدفتر فإتبه يرجع لمقبلة صفته بالمكتوب ، فإن تطابقا فلا كلام للمشتري وإلا ثبت له الخيار^(٢) .

ويتضح مما تقدم أن البرنامج يستخدم كوسيلة لإعلام المشتري بأوصاف وبيانات المبيع ، وأنه يجوز البيع بالاعتماد فى معرفة حقيقة المبيع على الأوصاف المذكورة فى البرنامج ، وذلك عند فقهاء المالكية ، وهم أكثر المذاهب إيضاحا وتفصيلا لحكم هذه المسألة ، ويوافقهم الأحناف والحنابلة فى الجملة ، حيث يصحون بيع الغالب على الوصف ،

^(١) الشرح الكبير ورحاية الدرر جـ ٢ ص ٢٤ و ٢٥ ، بلغه السالك والشرح الصغير جـ ٢ ص ٣٦٤

و ٣٦٥ ، شرح الخرى جـ ٥ ص ٣٣ و ٣٤ .

^(٢) د. محمد محمد يوسف البرزى ، المرجع السابق ص ٦٣ .

إلا أنهم يختلفون مع المالكية ، فيما إذا حدث نقص أو زيادة ففى العدد المتفق عليه ، حيث يذهب المالكية الى صحة العقد ولزومه فى هذه الحالة أيضا إذا كان النقص قليلا كثوب من خمسين ، أما إذا كان للنقص كثيرا عشرة من خمسين ، فثبت للمشتري الحق فى الخيار بين رد الصلقة كلها ، أو تحميل البائع قيمة النقص بما يخصه من الثمن . كما أن فقهاء المالكية يصحون العقد فى حالة الزيادة على أن يكون البائع شريكا مع المشتري بحصة الشئ الزائد، أو يرد الزائد إلى البائع^(١).

ولرى رجحان مذهب فقهاء المالكية فى تصحيح البيع على البرنامج واشترط أن يكون المبيع مطابقا فى أوصافه وبياناته لما هو مكتوب فى البرنامج . لما فى ذلك من تيسير التعامل وتحقيق مصلحة الطرفين المتبايعين ، حيث يستطيع المشتري الاستعلام عن المبيع بالاطلاع على أوصافه فى البرنامج ، ويستطيع البائع أن يقوم بتنفيذ التزامه بالإعلام عن طريق إراج أوصاف المبيعات فى البرنامج ، وتمكين المشتري من الاطلاع عليه قبل العقد . وبذلك يقوم البرنامج بدور هام فى الإعلام بأوصاف السلع والمنتجات .

(١) د. أحمد على طه ريان ، المرجع السابق ص ٨٠ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي بخصوص استخدام الكتالوج أو البرنامج في وصف المبيعات

٣٣٢- يتضح مما تقدم أن الكتالوج في القانون المدني ، والبرنامج في الفقه

الإسلامي يتشابهان من حيث كونهما وسيلة للإعلام بأوصاف المبيع،

ولهما نفس القيمة التعاقدية ويختلفان من حيث الخواص .

- فمن حيث كونهما وسيلة للإعلام :

فالكتالوج في القانون المدني يقوم بدور هام في إعلام المستهلكين

بأوصاف السلع والمنتجات في كافة عناصرها ، وهو يعتبر وسيلة كافية

للإعلام بما يتضمنه من وصف دقيق للسلعة المباعة وخصائصها

وتركيبتها ، وطريقة استخدامها وثمنها ، وطرق دفع الثمن وشروط

البيع، وغيرها من البيانات الهامة .

والبرنامج في الفقه الإسلامي يقوم بنفس الدور الهام في الإعلام بأوصاف

المبيع ، ونوعه وصفه ومقداره وعده ، وثمن كل وحدة من المبيع .

كما يكتب البائع فيه أوصاف المبيع بالعبارة أو يبينها بالرسم لإعلام

المشتري بها وإتمام الشراء على تلك الصفة .

- ومن حيث القيمة التعاقدية :

فالكتالوج في القانون المدني له قيمة تعاقدية ، حيث يتضمن عرضاً

لأوصاف المبيع وثمنه وشروط البيع ، وبذلك يشتمل على إيجاب تعاقدي

حقيقي ، يلتزم به البائع خلال مدة معقولة ، قد تكون محددة في الكتالوج

نفسه . ويلتزم البائع بتسليم المشتري شيء مطابق للبيانات والأوصاف

الدرجة فى الكتالوج ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى التنفيذ العينى ، أو فسخ العقد مع طلب التعويض .

وفى الفقه الإسلامى يشتمل البرنامج على إيجاب ملزم للبائع ، لأنه يتضمن تعييناً لأوصاف المبيع وثمانه وعرضاً للبيع ، ولذلك يلتزم البائع بتسليم المشتري سلعة مطابقة للأوصاف المكتوبة فى البرنامج من حيث النوع والصنف والعدد واللون وغيرها من البيانات ، وإلا خسر المشتري بين قبول السلعة غير المطابقة أو ردها وفسخ العقد .

أما من حيث الخواص ،

فالكتالوج فى القانون المدنى يعتبر وسيلة إعلان تعمل على جذب العميل وحثه على الشراء ، بما يستخدم فيه من ألوان وصور وتخفيض لأسعار بعض المبيعات ، وبذلك يشتمل الكتالوج على عنصر الجاذبية ، بالإضافة إلى ما يدرج فيه من بيانات ومعلومات موضوعية ، ومن ثم يجمع الكتالوج بين خاصيتى الإعلان والإعلام .

أما البرنامج فى الفقه الإسلامى فلا يشتمل على عنصر الجاذبية ، بل يقتصر فقط على الأوصاف والمعلومات الموضوعية عن المبيع .

والكتالوج فى القانون المدنى يعتبر وسيلة الاتصال بين المتبايعين بالمراسلة عند بعد . حيث يستخدم عادة فى التعاقد بين الغائبين ، وهو يتطور فى الوقت المعاصر من الشكل الورقى الكتابى إلى الشكل الأسطواناتى فى صورة شريط فيديو متلفز .

أما البرنامج فى الفقه الإسلامى فكما يستخدم فى التعاقد بين الغائبين بالمراسلة ، فإنه يجوز استخدامه أيضاً فى التعاقد بين الحاضرين للضرورة إذا كانت السلعة غائبة عن البصر ، كما لو كانت داخل العدل أو الصندوق ، وكان فى فتحه ضرراً ومشقة على البائع ، فأقيمت الصفة مقام الرؤية . ويأخذ البرنامج شكل دفتر يكتب فيه أوصاف المبيعات .

الفصل الثاني

وصف المبيع عبر التلفزيون و وسائل الاتصال الحديثة

٢٢٢- تمهيد و تقسيم :

أدى التقدم الاقتصادي و التكنولوجي المعاصر إلى زيادة استخدام وسائل الإعلام و الاتصال الحديثة في الإعلان عن المبيعات و عرض مواصفاتها عبر برامج تلفزيونية مخصصة لتنمية المبيعات و التعريف بها بقصد بيعها. وحيث يستطيع المستهلك الراغب في الشراء أن يطلب التعاقد هاتفياً بالاتصال بالبرنامج أثناء العرض ، وله أن يطلب الحصول على معلومات تكميلية عن هذه المبيعات .

ومن ثم تقوم وسائل الإعلام و الاتصال الحديثة بدور هام في التعريف بالمبيعات وإتمام عملية التعاقد .

وإستخدام هذه الوسائل الحديثة في عرض مواصفات المبيعات ، لا يخرج في مضمونه عن البيع بالوصف في الفقه الإسلامي ، إلا أن هذه الوسائل تتميز بإستخدام عنصر الإعلان أو الجاذبية ، بالإضافة إلى الوصف الموضوعي لحقيقة المبيعات ، وهو ما يمكن مقابلته في الفقه الإسلامي بوصف المبيع في بيع السلم، مع الإعلان المشروع عنه .

ولذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة في القانون المدني .

المبحث الثاني: الإعلان عن المبيع ووصفه بما يصح به السلم في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث: مقارنة . وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة

في القانون المدني

٣٣٤ - تمصيد :

بدأت القناة الأولى للتلفزيون الفرنسي في الخامس من أكتوبر لسنة ١٩٨٧م، في بث برنامج سمي بداية (مجلة المشتريات) "magazine de L'objet" يقوم فيه مقدم البرنامج بعرض للسلع والخدمات المراد بيعها مع بيان أوصاف المبيع وطريقة استخدامه والأسعار الجارى التعامل بها، وبحيث يقوم المشاهد متلقى البرنامج إذا رغب في الشراء بطلب السلعة بواسطة الاتصال هاتفياً بالتليفون أو المينيتل بالبرنامج مع إرسال شيك بالمبلغ المحدد أو تقديم الرقم الخاص بالكرت البنكى للصيل ، ليتم خصم الثمن من حسابه بالبنك ، وبذلك انعقد العقد .

وقد انتشر هذا البرنامج في التلفزيون الفرنسي ، وبدأت بثه سائر القنوات الأخرى وانتقل من التلفزيون (الإذاعة المرئية) إلى الراديو (الإذاعة المسموعة) ويسمى الآن "le télé-achat" ^(١) . وقد كان هذا البرنامج معروفاً في الدول الأوروبية الأخرى كإيطاليا والمملكة المتحدة البريطانية ، بينما عرفته الولايات المتحدة الأمريكية منذ زمن بعيد .

(1) V. EN CE SENS :

- BIZEUL (Bruno) le télé-achat et le droit des contrats, Thèse précitée, n° 1, p.5.
- DUCOULOUX - FAVARD claude , op. Cit , p. 41.
- RAYMOND GUY , VENTE à distance , op.cit, n° 104, p. 17.
- PAISANT (Gilles), la loi 6 janvier 1998 sur les opérations de vente à distance et le "télé-achat" , J.C.P, éd , G . 1988 , doctrine 3350, n°1.

ويرى الفقه الفرنسي أن تسمية هذا البرنامج " le télé - achat " تبدو تعبيراً غامضاً وغير دقيق كما يتسم بالتعقيد ، حيث يشتمل على عنصر يتعلق بقاتون التلفزة (السمعى والبصرى) " le droit de L' audiovisuel ، وعنصر يتعلق بقاتون العقود ، كما يمكن أن يتحلل فى صورة برنامج إذاعى تليفزيونى ، يقترب فى بعض الوجوه من الإعلان ، وبذلك يخضع لقواعد النشر والإذاعة التى تضعها السلطات العامة لوسائل الإذاعة والنشر من ناحية أخرى ، وفى نفس الوقت يمكن أن يتحلل فى صورة عرض تعاقدى حقيقى^(١) .

ولذلك يطلق عليه بعض الفقه الفرنسى مسمى "البيع بالتليفزيون"^(٢) . ونظرا لكون التلفاز جهازا خطيرا بماله من قوة الجذب والإقناع بالصوت والصورة ، وما يمكن أن يحدثه من تأثير وإغراء للمستهلك متلقى البرنامج وهو فى منزله ، فيدفعه إلى شراء سلع غير ضرورية ، أو غير ذات أولوية ، أو يقتعه بشراء سلع غير جيدة ، ويساعد على ذلك أن عرض السلع للبيع بواسطة التليفزيون ، لا يخلو من الإعلان والدعاية لها بهدف التسويق للسلع والخدمات ، فإن الأمر يستدعى اتخاذ الوسائل الكفيلة بحماية إرادة المشتري^(٣) .

ولذلك تدخل المشرع الفرنسى ونظم هذه التقنية للبيع بالقاتون رقم (٨٨-٢١) والصادر فى ٦ يناير ١٩٨٨ . وقد تعدى الأمر عمليات البيع بواسطة التلفاز أو الراديو ، إلى كل اللبوع التى تتم عن بعد أو مسافة vente à distance ، ونص بصفة خاصة فى مادته الأولى على تقرير

(1) BIZEUL (B) Thèse précitée, n° 7,p23 .et n°33,p.41.

(2)DELBARRE (Francis) , offre de produits et services , vente par correspondance et à distance , Gaz . pal ,1993 , chron , n° f,p 186. Où il dit : " le télé achat désigne la vente par télévision " .

(3)CASS COM , 10 JUILLET ,1996 , Gaz .pal .n .sp. décem.1996 , n° XIX ,pp.26et27., note. ANTOINE - lalance (muriel) .

الحق للمشتري في إعادة النظر في المبيع ، عن طريق رده إلى البائع واسترداد الثمن ، أو استبدال السلعة بأخرى خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع ، وقد ورد النص على ذلك أيضاً في قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ٢٦ يولييه لسنة ١٩٩٣ في المادة (١٦/١٢١) و (١٩/١٢١) وترك المشرع اللجنة القومية للاتصالات والحرية C.N.C.L. مهمة وضع القواعد التنظيمية للبرامج الخاصة بعرض المبيعات بالإذاعة والتلفزيون^(١) .

وقد أثارت هذه الطريقة لعرض المبيعات مشاكل قانونية عديدة تنطبق بطبيعة العرض بين المراحل المختلفة لإبرام العقد ، وكيفية إبرام العقد ، ومدى كفاية هذه الطريقة لإعلام المشتري بحقيقة المبيعات ، والطبيعة القانونية لحق المشتري في إعادة النظر في المبيع برده إلى البائع ، وكيفية إثبات التعاقب وغيرها من المسائل الهامة .
ونتناول بيان ذلك فيما يلي :

٣٣٥- المضمون القانوني لعروض البيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة .

عرفها بعض الفقه الفرنسي بأنها : عقود عن بعد لبيع المنتجات وشرائها وإيجارها (باستثناء العقارات والمنتجات المالية) أو لتقديم الخدمات .
وتكون عروض هذه العقود مطروحة على نحو مباشر عبر وسائل الإعلام الموضوعية تحت مراقبة السلطة المنظمة لما هو متلفر (سمعى بصرى) ويكون ذلك (إما ضمن إطار برامج الخدمات الإذاعية والتلفزيونية ، وإما عبر شرائط الفيديو الموزعة) ، وطرق إيلاغ القبول هي جهاز المينيستل

(1) BIZEUL (B), thèse précitée., n° 12, PP. 27 et 28.

- PAISANT (Gilles), op. Cit, n° 4

- HÉMARDE (J) et BOULOC (B), obs. Sur la loi 6janvier 1988 R.T.D Com 1988, n 3p 275.

أو البريد أو الهاتف (التليفون) ويرافق هذه العقود بالنسبة للمشترين وخدمهم الحق في إعادة النظر في المنتجات بردها ^(١) .

ويلاحظ أن هذا التعريف يعيبه العموم والتطويل بحيث يشمل البيع والإيجار ، كما يرد على المنتجات والخدمات على حد سواء .

ولذلك أفضل تعريفها بأنها : عقود لبيع السلع والمنتجات عن بعد تتم عبر التليفزيون ووسائل الاتصال الحديثة ، على أن يكون للمشترى الحق في إعادة النظر في المبيع برده خلال مدة محددة من تاريخ التسليم .

٣٣٦- مريض الصاع عبر البرنامج التليفزيوني يتضمن الإعلان محملاً والإعلام بأوصافها .

فإذا كان الإعلان التليفزيوني يشتمل على إذاعة أو بث رسالة للترويج والتسويق لمنتج أو خدمة معينة ، فإن عرض مواصفات السلعة بقصد بيعها عبر برنامج تليفزيوني يشتمل على طبيعة قريبة بل ومطابقة للإعلان، حيث يتجه إلى تحقيق هدفين : الأول: جذب المستهلك متلقى الرسالة وتحريضه inciter ودفعه إلى الشراء وهذا هو العنصر الشخصي أو الذاتي الذي يتطلب مع طبيعة الإعلان وهو ما يستفاد من تعبير المشرع الفرنسي بلفظ " promotion " (أي تنمية المبيعات لزيادة الإقبال على الشراء بالدعاية والإغراءات) .

العنصر الثاني: الإعلام بأوصاف للمنتجات . وهو العنصر الموضوعي ، ويطلق عليه الفقه وظيفة الإعلام informer في موضوع الإعلان. وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي بلفظ " présentation " (ويقصد به وصف المنتج والتعريف به) .

وقد وردت هذه الألفاظ في نص المادة الثانية من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨م

(1) BIZEUL (B), Thèse précitée, n° 70, p. 67.

وهو ما يمكن معه القول بأن عرض أوصاف السلعة في برنامج تليفزيوني بقصد بيعها ، يعتبر إعلاناً من طبيعة خاصة ، حيث يشتمل على عرض حقيقي ومباشر للبيع^(١) .

٣٣٧- محرض البيع بالتليفزيون والالتزام بالإعلان .

البيع بالتليفزيون يكون نطق تطبيق طبيعي للالتزام بالإعلام حيث يوجد العديد من الأسباب التي تقتضي فرض الالتزام بالإعلام على علق البائع المعارض للمبيع عبر التليفزيون^(٢) . ومن هذه الأسباب :

- أن الطرفين المتبايعين لا يكونا حاضرين أحدهما مع الآخر في مكان التعاقد .
- وأن الشيء المبيع يكون محاز حيازته مادية من قبل البائع المعارض .
- والعرض يكون مذاعاً خلال فترة قصيرة من الزمن ، ولم تكن هناك أية كتابة مقدمة مسبقاً إلى المشتري قبل إبرام العقد توضح بيانات ومواصفات المبيع .
- فضلاً عن حظر الإشارة إلى علامة المنتج المعروض ، أو بيان اسم وعنوان المعارض على الهواء عند بث البرنامج .

٣٣٨ - تطبيق الالتزام بالإعلان .

يقوم الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على علق البائعين المهنيين وغيرهم من المتخصصين في عرض المنتجات بقصد بيعها عبر وسائل الإعلام السمعية والبصرية كالإذاعة والتليفزيون ، حيث يقع على هؤلاء

(1) v. en Ce Sens:

- ANTOINE- LALANCE (Muriel) note sur cass com, 10 Juillet 1996, Gaz. Pal, 1996 n° XIX, p.26.
- BIZEUL (B), Thèse précitée, n° 126 et 127, pp. 204 et 205.
- CALAIS- AULOY, (J), Droit de la consommation, précis Dallog, 3^{ème} éd, 1992, n° 45 et 96.

(2) BIZEUL (B) ,ibid,n° 241 , pp 213 et 215 .

الالتزام بتقديم معلومات فعلية وصحيحة عند إذاعة العرض على الهواء^(١). ويجب أن تبين هذه المعلومات حقيقة وأوصاف السلعة أو المنتج المعروض ، وسواء أكانت معلومات شفوية أم بيانات مكتوبة تظهر على الشاشة ، أم صور ونماذج للسلعة توضح مواصفاتها عبر الفيلم أو البرنامج المذاع .

ويتم تنفيذ الالتزام بالإعلام أثناء العرض التلفزيوني عبر مراحل ثلاثة :

المرحلة الأولى : بيان حادثة وفائدة وأهمية السلعة ونكر مزاياها ، وذلك بقيام مقدم البرنامج بالشرح والتطبيق على نموذج أو صورة السلعة المعروضة على الشاشة ، وبيان استعمالها الجديدة ، والتطبيقات المختلفة لها ، فضلاً عن الاستشهاد باعترافات الأشخاص المجربين للسلعة والذين يوصون باستعمالها ، وهم في الغالب من الشخصيات المشهورة . وفي هذه المرحلة لا يكون قصد المهنيون إعلام المستهلك بالمعنى الدقيق وإنما التسويق للسلعة والترويج لها ، لتحريض المستهلك وحته على الدخول في سياق التعاقد^(٢).

المرحلة الثانية: وتشتمل حسب الأصل على عرض بيانات ومواصفات أكثر تحديداً وإيضاحاً عن السلعة ، وذلك بتقديم صورة تثبت أوصافها الأساسية وخواصها الفنية ، وعدد القطع التي تتكون منها ، وطريقة استعمالها ومدة الاستعمال^(٣) .

المرحلة الأخيرة : وتشتمل على بيانات شروط التعاقد ، وفيها يبين مقدم البرنامج النقوش والترقيمات المدونة على الشاشة ، ويذكر على وجه الخصوص الرقم الخاص بالسلعة عند طلبها ، ويبين ثمنها وطريقة

(1) RAY MOND , GUY , vente à distance op.cit ,n°105 ,p.17

BIZEUL (B) ,Thèse Précitée n° 242,p.215.

(2) BIZEUL (B) ,ibid,n°242,p.215.

(3) BIZEUL (B) , Thèse précitée ,n°242,p.215.

مداده، ومصاريف النقل أو سعر الشحن ، كما يذكر رقم التليفون أو المينيتل الذى يتم الاستعلام والتعاقد بواسطته^(١).

ويجب أن يراعى فى العروض المذاعة على الهواء تنفيذ الالتزامات القانونية بالإعلام، كالالتزام بنكر بيانات إجبارية معينة عن المنتج المعروض للبيع، وهو الالتزام المفروض بالتشريع رقم ٧٨- ٢٢ والصادر فى ١٠ يناير لسنة ١٩٧٨م وهو ما أدمج فى المولد ٣١١/ ١ وما بعدها من قانون الاستهلاك الفرنسى ، وقد حددت المادة ٣١١/ ٤ البيانات الواجب ذكرها عند كل عرض^(٢)، وكذلك يجب تطبيق الالتزام باستعمال اللغة الفرنسية ، وفقا لتشريع ٣١ ديسمبر لسنة ١٩٧٥م على المعلومات المقدمة على الهواء عبر برامج الإذاعة والتليفزيون^(٣).

وإذا كان يجب أن يتضمن العرض وصفا واضحا للمنتج المعروض وأن يبتعد عن المواصفات المزعومة والبيانات الكاذبة ، حتى يمكن إحاطة المشتري علما بالأوصاف الحقيقية للمنتج المبيع ، إلا أن العلم بالمبيع فى هذه الحالة يتحقق برؤية صورته على الشاشة ، والصورة عبارة وجذابة^(٤).

فضلا عن أن قصر مدة العرض يؤدى إلى الإيجاز والاختصار فى المعلومات المقدمة ، مما يجعلها غير كافية لإعلام المستهلك بكافة البيانات التى يهمه معرفتها قبل إبرام العقد . وهو ما يفتح ثغرة فى هذا

(1) KISTNER (J) , la vente par correspondance, thèse précitée, p. 40.

- BIZEUL (B) thèse précitée n° 242, p.216.

- DELBARRE (Frencis), article précité, Gaz. Pal 1993. Chron n° F , PP. 186 et 187.

(2) BIZEUL (B) , Thèse précitée n° 243 p 217.

(3) BIZEUL (B) , ibid, n° 246, p.218.

(4) DUCOULOUX – Favard (claude), op. Cit, p.42.

النظام ، حيث لا يستطيع المستهلك الحصول على كافة المعلومات الموضوعية ، التي يستفيد بها عندما يتعاقد بوسائل أخرى^(١). ومن ثم لا يكون أمام الشخص الراغب في الشراء إلا الاستعلام بنفسه عن البيانات التي يهيم معرفتها بواسطة التليفون أو المينيتل .

٣٣٩- دور التليفون أو المينيتل في الحصول على بيانات ومعلومات تكميلية عن المنتج المعروض .

يستطيع المستهلكون الحصول على معلومات تكميلية عن السلع والمنتجات المعروضة عبر البرامج التليفزيونية ، بواسطة التليفون أو المينيتل ، ويكون ذلك أثناء عرض البرنامج أو لاحقاً عليه .

وهذه المعلومات عبارة عن إيضاحات تتعلق في الغالب بالضممان العقد لو كان موجودا ، ومدة ، وخدمة ما بعد البيع وشروط رد السلعة والمصاريف المترتبة على الرد وطرق سداد الثمن ، ومدة وتاريخ التسليم وغيرها من البيانات^(٢).

٣٤٠- نقص المعلومات والبيانات المقدمة عبر عروض البرامج التليفزيونية.

المعلومات والبيانات المقدمة في عروض برامج الإذاعة والتليفزيون تنسم بالنقصان وعدم الكفالية ، خاصة فيما يتعلق بالشروط العامة للعقد ، أو الإخلال بواجب النصيحة وعدم ذكر العلامة التجارية للمنتج المعروض.

^(١) BIZEUL (B) thèse précitée, n° 242, p. 216.

^(٢) BIZEUL (B), ibid, n° 248 p. 220 et n° 254, p.223.

- DELEGUE (B) la vente par catalogue, thèse précitée, p10

- RAYMOND (GUY), la vente des marchandises, op. Cit, p. 42.

١- نقص المعلومات الخاصة بالشروط العامة للعقد:

فهذه الشروط لا يمكن أن تكون محل نقاش بين العارض والقابلين المحتملين ، فهي تتحدد بطريقة فردية من جانب واحد بواسطة المهنيين ، وقد لا تتحدد هذه الشروط بواسطة العارض (بائع مهني متخصص ، أو بائع وسيط موزع ، أو مؤسسة البيع بالتلفزيون) بل قد تكون محددة حسب المحطة الإذاعية أو التلفزيونية التي تكون السلع والخدمات معروضة عبرها .

وفي الواقع العملي فإن هذه الشروط يمكن أن يطلع عليها المشتري أو يستعلم عنها بواسطة التلفزيون أو المينيتر ، وإلا فهي تدرج في الفاتورة المرسلة إلى القابل بعد إبرام العقد ، وبالتالي فلا يعلم بها أغلب المشترون بواسطة التلفزيون إلا بعد إبرام العقد . وإذا كانت هذه الشروط لا يمكن الاحتجاج بها على المتعاقد إلا لو ثبت أنه قبلها عند التعاقد فإن إثبات ذلك يعتبر مسألة دقيقة وصعبة في موضوع البيع بالتلفزيون^(١).

٢- الإخلال بواجب النصيحة

يقع على عاتق البائع المهني واجب بالنصيحة تجاه المستهلك ، ويجب على البائع أن يقوم بتنفيذه قبل إبرام العقد ، بل أن يوجه المتعاقد معه حول ملاءمة إبرام العقد ومزاياه وعيوبه . ولكن نظرا لعدم إبلاغ حاجات العملاء للمهنيين ، فإن تنفيذ هذا الالتزام يبدو مستحيلا بالنسبة لعقود البيع

(1) V. en ce Sens:

- BIZEUL (B), thèse précitée ., n° 256, pp. 225 et 226.
- TERRÉ (F) SIMLER (P), Lequette (y), droit civil, les obligations précis Dalloz 5^{ème} éd, 1993 n° 196,
- Cass Com, 14 Avril, 1992, Contrats. Conc . consom. 1992, n° 195. Obs. LEVENEUR.

بالتليفزيون ووسائل الاتصال الحديثة ، لأنه حسب الأصل لا يوجد اتصال قبل إبرام العقد بين المستهلك والمهني^(١).

٣- التأخير في إعلان العلامة التجارية للمنتج المعروض للبيع .

حول المشروع للفرنسي للجنة القومية للاتصالات والحرية^(٢) إصدار قرارات تنظيم برامج البيع بالتليفزيون ، فأصدرت قرارها الشهير في ٤ فبراير ١٩٨٨ م ، والذي يدور حول مبادئ رئيسية أهمها: تحديد مدة زمنية لبرامج البيع بواسطة التليفزيون ، وتحديد حد أدنى للبرنامج لا يقل عن خمس عشرة دقيقة على أن يسبق العرض عبارة توضح الغرض من البرنامج ، وهو توزيع المنتجات والخدمات . وإن يكون العرض للسلع واضحاً ونهائياً وشاملاً لجميع أركان البيع (المبيع والتمن وضمانات البيع) وإذا كان التمن يرتبط بمدة زمنية معينة وجب تحديدها صراحة في العرض التليفزيوني .

ويهدف كل ذلك إلى إعلام المتلقي بحقيقة البيع حتى يعبر عن إرادة متبصرة .

ومن أهم المبادئ التي تضمنها قرار ٤ فبراير ١٩٨٨ م ، ما ورد في مادته السابعة والتي تنص على أنه : " يجب ألا تذكر العلامة التجارية للمنتج المعروض للبيع على الهواء ، ولا اسم المنتج أو الموزع ، أو مقدم الخدمة " والهدف من ذلك ألا يتحول عرض السلع إلى إعلان تجاري عسّن هذه السلعة بما يتضمنه من مخالفة صريحة للقواعد المنظمة للإعلان

(١) V.en ce Sens:

- le TOURNEAU (ph), de L'allégement de L'obligation de renseignement ou conseil, D, 1987. Chron, pp 101 ets.
- TERRÉ (F) SIMLER (P), LEQUET (Y), op. Cit, n°250.
- BIZEUL (B) , thèse précitée, n° 257, p. 226.

^(٢) هذه اللجنة C.N.C.L. حل عليها بداية من عام ١٩٨٩ م المجلس الأعلى للإذاعة والتليفزيون conseil

superieur de L'audiovisuel . C.S.A.

التجارى فى التليفزيون (المادة ١/١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسى الصادر فى ٢٦ يوليه ١٩٩٣م).

وحظر بيان أو ذكر العلامة التجارية ، أو الإشارة لها يشمل البيان الكتابى أو الشفوى أو المصور^(١).

ويمكن العلم بالعلامة التجارية (وكذلك اسم الصانع أو البائع أو الموزع) بالاستعلام عنها بالتليفون أو المينيتل ، إذا رغب متلقى العرض فى ذلك . وفى جميع الأحوال وحسب المادة السابعة من قرار ٤ فبراير ١٩٨٨م ، فإن العلامة التجارية يجب أن تكون موضحة ومذكورة (وكذلك اسم الصانع والموزع) عند طلب العميل ، وكذلك عند تسليم السلعة^(٢).

ولا شك أن منع ذكر العلامة التجارية فيه تقييد لحق المستهلك فى العلم الكافى بالمبيع ، إذ تعتبر العلامة التجارية بمثابة الضمان لصفة وجودة المنتج المبيع ، وهى معيار لاختيار جوهري بالنسبة للمستهلكين شأنها فى ذلك شأن سائر أوصاف المبيع التى يهتم المشتري العلم بها^(٣) ولذلك أرى ضرورة إلغاء هذا الحظر حماية لحق المشتري فى العلم الكافى بحقيقة المبيع.

٣٤١- إبراء عقد البيع بالتليفزيون

طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى ، فإن العقد ينعقد بتوافق إرادتى المتعاقدين ، أى تطابق الإيجاب والقبول (المادة ٨٩ مدنى مصرى) وينطبق هذا على بيع السلع والمنتجات بواسطة التليفزيون.

(1) BIZEUL (B), thèse précitée, n° 249, p.220.

(2) BIZEUL (B) ibid., n° 250, p.221.

- paisant (G), op. Cit., n° 46.

(3) BIZEUL (B), ibid, n° 251, p.221.

- PAISANT (G) , ibid, n° 46.

- الإيجاب : هو التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه^(١) ويجب أن يشتمل الإيجاب على العناصر التي تجعله صالحا لأن يُعتقد به العقد ، حين يصادقه قبول مطابق ، فإيجاب البائع في عقد البيع يجب أن يشتمل على أن المقصود هو البيع وأن يتضمن تعيينا كافيا للمبيع وتحديد الثمن^(٢) . وينطبق ذلك على بيع السلع والمنتجات بواسطة التليفزيون ، فإذا تضمن العرض جميع العناصر الأساسية للعقد من حيث تحديد المبيع والثمن ، فإنه يعتبر إيجابا صالحا لأن يقسرن به قبول المتلقي. أما إذا لم يتضمن العرض هذه العناصر الأساسية فإنه لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد أو للتفاوض ، حيث يدعو مقدم البرنامج المشاهدين للدخول معه في مناقشات ومسؤوليات قد تنتهي إلى صياغة عرض محدد يعتبر إيجابا ، أو قد لا تنتهي إلى هذه النتيجة^(٣) .

- عرض البيع بالتليفزيون يشتمل على إيجابه بالتعاقد يرى بعض الفقه المصري والفرنسي أن عرض السلع والخدمات للبيع بواسطة التليفزيون مع بيان أوصافها وأثمانها يعتبر إيجابا حقيقيا بالتعاقد، شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها ففي الحالتين يتحقق للموجب له الرؤية في التليفزيون (بالصوت والصورة) والرؤية المعتادة في واجهات المحال التجارية^(٤).

^(١) د/ عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق فـ ١٥٣ صـ ٢١٠.

^(٢) د/ عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق فـ ١٥٣ صـ ٢١٠.

- د/ عبد الرزاق ببحي ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق فـ ٢٥ صـ ٣٤

^(٣) د/ أحمد السيد الزقرد ، حق المشعري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التليفزيون فـ ١٢ صـ ١٩١

بحث منشور بمجلة الحقوق السنة التاسعة عشرة العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٥ م ، ربيع الثاني ١٤١٦ هـ

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت.

^(٤) د/ أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق فـ ١٢ صـ ١٩٢

وعادة ما تتحدد مدة صلاحية هذا الإيجاب عند إذاعة البرنامج على الهواء، فلا يجوز للبائع العدول عنه خلال تلك المدة. ويعتبر قصر مدة العرض والإيجاب فيه صفة أساسية للعرض التليفزيوني^(١)، وقد تتحدد مدة الإيجاب ضمنا، حيث تستخلص من ظروف التعاقد وطبيعته^(٢).

أما إذا لم تتحدد في عرض السلع والمنتجات عبر التليفزيون شرائط البيع الأساسية، كما لو عرض البرنامج السلعة وحدد أوصافها تحديدا تاما، لكنه ترك السعر ليكون موضوعا للمناقشة أو المساومة، وارفق عرضه بتحديد لأرقام الهاتف ليقوم المشاهد بالاتصال، فإن ذلك لا يعتبر إجباريا، وإنما دعوة إلى التعاقد، ويكون اتصال المتلقى هاتفيا إجباريا ينعقد به العقد إذا لحقه قبول مطابق^(٣).

وإذا احتفظ مقدم البرنامج لنفسه بإمكانية تعديل العرض، أو حقه في رفض البيع دون تحديد الأسباب، فإن العرض لا يعدو كونه دعوة إلى التعاقد. وعلى العكس إذا لم تكن السلعة المعروضة هي المقصودة بذاتها وكان العرض المقدم هو الاستعداد لتوريد مثل هذه السلعة وهو ما يحدث عادة عبر الشاشة المرئية فإن هذا العرض يعتبر إجباريا ينعقد به العقد، حيث يتعهد مقدم البرنامج بتوريد المبيع بحسب هذه المواصفات المرئية^(٤) ومن جابى أريد كون العرض في هذه الحالة يعتبر إجباريا صالحا لأن ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق.

- **القبول** : هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، بما يفيد موافقته على الإيجاب^(٥) ويتم البيع بالتلفزيون بقبول المشاهد

(١) BIZEUL (B) *ibid.*, n° 203, p. 187.

(٢) د/ أحمد الحميد الزرد، البحث السابق لـ ١٤ ص ١٩٤ و ١٩٥.

(٣) د/ أحمد الحميد الزرد، البحث السابق لـ ١٢ ص ١٩٢.

(٤) د/ أحمد الحميد الزرد، البحث السابق لـ ١٣ ص ١٩٤.

(٥) د/ عبد الحم فراج الصده، المرجع السابق لـ ١٦٧ ص ٢٣٤.

للعرض التليفزيونى الذى ينصب على المبيع وثمنه ، ويجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب فى كافة عناصره ، ويتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتليفون أو المينيتل ، وبذلك يتم العقد^(١).

٣٤٢- زمان إبرام العقد البيع بالتليفزيون ومكانه

البيع بالتليفزيون لا يخرج عن كونه بيعا بين حاضرين من حيث الزمان ، ذلك أن البرنامج يعرض السلعة مع الثمن المحدد لها ويطلب من المشاهد الاتصال به هاتفيا ، وعندها يتخذ العقد بين حاضرين ، حيث لا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به ، أما الرسالة التى يبعث بها المشاهد بعد ذلك إلى البرنامج مع المبلغ المحدد فهى لا تعدو أن تكون تنفيذا لعقد سبق إبرامه^(٢).

فمن إبرام العقد ليس الرسالة المكتوبة لكنها المحادثة الهاتفية التى أعقبت عرض السلعة فى التليفزيون^(٣).

وهكذا فإن التعاقد بالتليفزيون لا يثير صعوبة تذكر فيما يتعلق بزمان إبرام العقد. إذ يأخذ البيع بالتليفزيون فى هذه الحالة حكم التعاقد بين الغائبين. وطبقا للقواعد العامة ، فإن البيع بالتليفزيون يأخذ فى هذه الحالة حكم البيع بالتلفون أو بآلية طريقة أخرى مماثلة ، ومن ثم يعتبر العقد قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ما لم يتفق الطرفين على غير ذلك (المادة ٩٧ مدنى مصرى) ، فهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، حيث يتم التعبير عن الإرادة بالصوت والصورة معا ، ويسمع فيه

(١) DUCOULOUX- Favard (claude), op., cit, p. 42.

(٢) د/ أحمد السيد الزرقاد ، البحث السابق فـ ١٦ صـ ١٩٧.

(٣) د/ أحمد السيد الزرقاد ، البحث السابق فـ ١٨ صـ ١٩٩.

كل شخص عبارة الآخر فور صدورها منه ، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان ، وذلك لاختلاف مكان كل من الطرفين عن مكان الآخر^(١).

وإذا كان البيع بالتلفزيون كالبيع بالتليفون يباع بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان ، إلا إن البيع بالتليفون لا يكفي لاتعاقده مجرد الإيجاب الصادر شفويا من البائع عبر الهاتف ، بل يجب أن يصدر تأكيد كتابي من البائع يرسله إلى المشتري في موطنه ، ولا ينقصد العقد إلا بتوقيع المشتري على العقد وفقا للفقون الفرنسي الصادر في ٢٣ يونيو ١٩٨٩م ، أما في البيع بالتلفزيون ، فعلى العكس من ذلك لا يحتاج البائع في إبرام العقد إلى إصدار تأكيد كتابي ، بل يعتبر البيع قد تم بمجرد تعبير المشتري عن إرادته بقبول البيع بصرف النظر عن الطريقة التي صدر بها القبول ، تليفون أو مينيئل أو فاكس أو غيرها ، بل يمكن أن انعقد البيع بالقبول الضمني من المشتري عن طريق إرسال المبلغ المحدد للسلعة إلى برنامج العرض مع بيان العنوان المطلوب إرسالها عليه مثلا ، ويرجع ذلك الاختلاف إلى أن الإيجاب بالتليفون يفتقر إلى التحديد فهو يصدر شفويا ويصعب إثباته غالبا ، ولذلك تدخل المشرع الفرنسي بنص صريح يلزم البائع بأن يرسل إلى المشتري تأكيدا كتابيا يتضمن تحديدا جازما لإرادة البائع في التعاقد^(٢).

بينما البيع بواسطة التليفزيون يشمل بالصوت والصورة تحديد المبيع والتمن بل وطريقة الاستعمال ومزايا السلعة المعروضة ، وغير ذلك من

(١) د/ عبد النعم فرج الصده ، نظرية العقد ، المرجع السابق لـ ٢٠٢ - ٢٩٥.

- د/ أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق لـ ١٨ - ١٩٨.

(2) CALAIS-AULOY (Y), op. Cit p. 81.

- د/ أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق لـ ١٨ - ٢٠٠.

البيانات ، وبالتالي فهو ينعقد بمجرد صدور القبول دون حاجة إلى تأكيدات كتابية من البائع لا يتم العقد إلا بها^(١) .

٣٤٣- تنفيذ عقد البيع بالتليفزيون

يعتبر البيع تاما ويصبح واجب التنفيذ بالتفلق الطرفين على المبيع والتمن من خلال الاتصال التليفوني . ويخضع تنفيذ العقد للقواعد العامة فى قانون البيع .

- الالتزام بتسليم السلعة

بمجرد إتمام العقد يلتزم البائع بتسليم المنتج المبيع المطابق فى مواصفاته للعرض التليفزيونى ، وتنقل مخاطر وتبعة هلاك المبيع إلى المشتري من وقت تسليم المبيع إلى الناقل^(٢) .

- الالتزام بدفع الثمن

بمجرد إتمام العقد يلتزم المشتري بدفع الثمن ، ويمكن أن يتم الوفاء بالثمن عند تسليم السلعة وهذا هو الحل الأفضل لمصلحة المشتري ، وإن كان هذا نادراً فى موضوع البيع بالتليفزيون . فالغالب أن دفع الثمن يتم عن طلب للسلعة بالتليفون حيث يقدم المشتري رقم الكارت البنكى الخاص به ، ويتم خصم ثمن السلعة من حسابه الجارى بالبنك^(٣) .

٣٤٤- حماية المشتري من نقص المعلومات فى البيع بالتليفزيون.

إذا كان علم المشتري بحقيقة المبيع فى البيع بالتليفزيون ووسائل الاتصال الحديثة يتم عن طريق ما يقوم به مقدم البرنامج من وصف للمبيع بالصوت والصورة عبر البرنامج للتليفزيونى إلا أن هناك نقص فى

(١) د/ أحمد السيد الزرقاد ، البحث السابق لـ ١٨ ص ٢٠١ .

(2) RAYMOND (GUY), vente à distance, op. Cit, n° 110-p.18.

- BIZEUL (b), thèse précitée, n° 466, p.368. et n° 478, p.374.

(3) RAYMOND (GUY), ibid, n° 111, p.18.

المعلومات الواجب الإدلاء بها لمتلقى البرنامج عن المنتجات والخدمات، فهي معلومات غير كافية، حيث لا تذكر العلامة التجارية عند إذاعة البرنامج على الهواء، كما أن الشروط العامة للتعاقد لا تبين أثناء العرض ولا تكون محل نقاش بين الطرفين، كما لا يقوم البائع بالعروض بتنفيذ واجبه في النصيحة للعميل متلقى البرنامج قبل التعاقد، وهو ما يقلل من الحماية الواجبة للمستهلكين في هذا النموذج للعلاقات التعاقدية^(١).

ويمكن سد هذه الثغرة وتحقيق الحماية لمصالح العملاء بإلزام البائع المهني بإرسال مكتوب إلى العميل قبل إبرام العقد يتضمن كافة المعلومات الضرورية، كما في حالة البيع بالتليفون، أو توزيع شرائط فيديو أو أسطوانات الحاسب الآلى التى تتضمن هذه المعلومات^(٢).

وقد تدخل المشرع الفرنسى لسد هذه الثغرة وتوفير الحماية الكافية للمشتري في هذا النموذج من التعاقد الذى لم يحصل فيه المشتري على المعلومات الكافية عن المبيع قبل التعاقد، لعدم معلنيته الفعلية للمبيع، أو رؤيته لصورته عبر البرنامج التليفزيونى متأثرا بجاذبية وسحر العرض، فقرر له الحق في إعادة النظر في المبيع برده إلى البائع لاستبداله بآخر، أو رده واسترداد الثمن.

٣٤٥- الحق القانوني في إعادة النظر في المبيع برده
la Faculté de retour légale.

تقرر هذا الحق للمشتري بنص المادة الأولى من القانون الفرنسى رقم (٢١/٨٨)، والصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ م، والتي نصت على أنه: "فى كافة العمليات التى يتم فيها البيع عن بعد (وعبر المصافى) فإن لمشتري

(1) BIZEUL (B) thèse précitée, n°s 258 et 262, pp. 227 et 229.

(2) BIZEUL (B), ibid, nos 260 et 262, pp. 227 et 229, V. en ce sens.

- CALAIS-AULOY (J), Vente par démarchage et Vente à distance en droit FRANÇAIS, Revue européenne de droit de la consommation, 1992, n° 2, p. 77.

المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع ، الحق فى إعادته إلى البائع لاستبداله. بآخر ، أو رده واسترداد الثمن ، دون أية نفقات من جانبهِ سوى مصاريف الرد .

وقد نقل هذا النص قانون الاستهلاك الفرنسى بالمادة (١٦/١٢١) .

ويقصد بالحق الوارد فى هذا النص تمكين المشتري من رد المنتج الذى لم يستطع معالجته والعلم به إلا بطريقة ناقصة ، فهو يخول حقا للمشاهد المستهلك فى إعادة النظر فى المبيع برده إلى البائع^(١) .

٣٤٦- نطاق الحق فى إعادة النظر فى المبيع برده .

نتناول بيان نطاق هذا الحق من حيث : العقود والأشياء والأشخاص .
من حيث العقود :

يتضح من عبارة نص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨م والمادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسى ، أن حق الرد أو إعادة النظر ينطبق على عقود البيع التى تتم بين غائبين أو عقود المسافات التى تتم عن بعد ، وقد جاءت العبارة عامة فى هذا الشأن . "Tous les opérations de Vente à distance" .

وبذلك فإن حق الرد أو إعادة النظر لا ينطبق إلا على عقود البيع ، وهو : "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدي" ، (المادة ١٨ منى مصرى) . ولم يشترط المشرع الفرنسى لى يثبت حق إعادة النظر فى المبيع للمشتري أن يكون البيع بشئ فوري أو يدفع على أقساط ، كما لم يشترط لممارسة هذا الحق أن يبلغ ثمن للمبيع حدا معينا .

والنص يواجه كافة حالات البيع التى تتم عن بعد وعبر المسافات ، بحيث تفصل فيه المسافة لا الزمن بين البائع والمشتري ، وكل بيع لا يتحقق

(1) J.O, Deb Ass, not. 21 décembre 1987, p. 7947.

فيه للمشتري الرؤية الكاملة للمبيع وقت العقد وهو ما يحدث عادة في التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان معا (البيع بالمراسلة) ، أو من حيث المكان فقط وأهمها البيع عن طريق التلفزيون^(١).

ومن ثم يشمل نطاق الحق القانوني في إعادة النظر في المبيع برده البيع بالمراسلة عن طريق الكتالوجات والنشرات أو البيع بوسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والتلكس والتليفون والمينتل والكمبيوتر ، أو بواسطة وسائل الإعلام المسموعة والمرئية كالراديو والتلفزيون^(٢).

ولعل المشرع وجد أن المشتري يواجه في مثل هذه البيوع جميعا مشكلة واحدة ، وهي عدم معاينة المبيع والعلم الكافي به وقت البيع بحكم المسافة التي تفصل بين البائع والمشتري أو تكثر هذا الأخير بأسلوب عرض السلعة في التلفزيون وما ينطوي عليه من جانبية وإثارة ، فلما المشرع أن يضع حلا تشريعا لحماية رضاء المشتري الذي لم ير المبيع على نحو كاف ، فحول له الحق في إعادة النظر في المبيع خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المشتري للمبيع ، أي عقب معاينته^(٣).

- من حيث الأشياء :

يرد هذا الحق على الأشياء المادية المنقولة ، ويتعلق بالأشياء المعينة بأنواع أكثر من تنطقه بالأشياء المعينة بالذات .

وهو يرد على les produits المنتجات ، والمنتهج هو كل شيء يمكن الحصول عليه من جراء تحويل أو تحويل المادة الأولية^(٤).

(١) د. أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق لـ ٢٤ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ .

(٢) BIZEUL (B), thèse précitée, n° 419, pp. 335 et 336.

(٣) د. أحمد السيد الزقرد ، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون ، البحث السابق لـ ٢٤ ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

(٤) PAISANT (G), op. Cit., n° 11.

- BIZEUL (B), thèse précitée, n° 61, p. 59.

ويستبعد من نطاق تطبيقه الأشياء المنقولة غير المادية ، والأموال العقارية ، والنقد والأوراق المالية كالأسهم والسندات^(١).

كما لا يرد حق الرد على الأشياء الاستهلاكية ذات الذوق الشخصي كالمواد الغذائية سريعة التلف ، وذلك ما لم يوجد فيها تغيير يجعلها غير صالحة للاستعمال ، أو تكون غير مطابقة للطلب فيرد عليها حق الرد ، ويجب على المشتري أن يحتفظ بها بحالتها حتى يردّها^(٢).

ويجوز للمشتري أن يتمسك بالحق في إعادة النظر بالنسبة للخدمات *services* ، التي تعرض للبيع بواسطة التليفزيون مثل تذاكر الطيران والرحلات وخدمات السياحة والفنادق وغيرها ، وإن كان حق إعادة النظر في الخدمة يثير صعوبات عملية ، فكيف يمكن إعادة الخدمة إلى من قدمها واسترداد الثمن مثلا ، ومع ذلك يخضع جانب من الفقه بيع الخدمات لأحكام البيع لكونها تدخل في عمومته^(٣).

من حيث الأشخاص ،

حسب المادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، فإن صاحب الحق *le titulaire* في رد المنتجات هو المشتري في عقد البيع ، لأن هذا الحق يهدف إلى حماية مصلحة المشاهد المستهلك^(٤).

وقد كان منطقيا أن يكون للنص معنيا بغير المهنيين من المستهلكين ، بحيث يستفيدوا وحدهم من هذا الحق القانوني^(٥).

(1) PAISANT (G), *ibid.*, n° 11.

BIZEUL (B), *ibid.*, nos 62 et 63, p. 60.

(2) R.E.Q. Quest-écrite, n° 30872 : J.O.A.N., 29 octobre 1990. Pp. 5042 et 5043.

contrats. Conc. Consom, mars 1991. Fasc 1390 n° 68, p. 14. Note par. RAYMOND (Guy).

(2) BIZEUL (B), Thèse précitée., nos 65 et 66, pp. 62 et 63.

SAVTIER (R), la Vente de services, D, 1971. Chron. XXXII, pp. 223 et 232.

(4) BIZEUL (B), *ibid.*, nos 414 et 415, p. 322.

(5) PAISANT (G), *op. Cit.*, n°, 13.

وانذلك يرى جانب من الفقه أن قصر هذا الحق على الأفراد المستهلكون دون المتخصصون يتلاءم مع الغرض الذي من أجله ورد النص ، وهو حماية المشتري غير المتخصص ، وعديم الخبرة والدراية بالمبيع من جاذبية العرض التليفزيونى ، والذي قد يدفعه الى الشراء دون ترو أو تفكير كاف^(١) ، كما أنه يعتبر الحل الأفضل لاحترام روح القانون^(٢) .

بينما يرى بعض الفقه أن القانون قد جاء واضحاً في هذا الشأن ، حيث جاءت عبارة المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨م عامة ولم تضع أى تفرقة أو تمييز بين المشتري المستهلك والمشتري المتخصص ، بحيث يتقرر الحق فى إعادة النظر فى المبيع برده وما يخوله من حماية لأى شخص طبيعى أو معنوى ، مهنى أو غير مهنى^(٣) .

وعموماً فإن حق الرد يمنح للمشتري فى البيع بالمراسلة وبيع المبائات بصفة عامة والبيع بالتليفزيون بصفة خاصة ، ولكن لا يمنح هذا الحق للتابع سواء أكان مهنياً متخصصاً أم موزعاً أم مركزاً لتسويق السلع والخدمات^(٤) .

ولا تعتبر مؤسسة الإذاعة والتليفزيون هى الموجب أو العارض فى عقود البيع بالتليفزيون ، وإنما يبرم معها المهنيون المتخصصون فى البيع عبر

(1) V. Par ex:

- BIHL (Iuc), la Vente par correspondance, Gaz. Pal 1974 doctrin. P. 533.
- BIZEUL (B), thèse précitée, n° 64, pp. 61 et 62.

د. احمد السيد الزرد ، البحث السابق فـ ٢٥ من ٢١١-٢١٢ .

(2) CALAIS-AULOY (J), Droit de la consommation, précis Dalloz, 3ème éd, 1992, n° 85.

(3) V. en ce sens:

- BIZEUL (B), thèse précitée, n° 416, p. 333.
- PAISANT (G), op. Cit, n° 14.
- RAYMOND (Guy), droit du marketing, litec. 1992 n° 744.
- HUET (J) télématique, protection des consommateurs : télé-achat. D. inf, tel 1988, 1p 88.

(4) BIZEUL (B), thèse précitée, n° 151, p. 148. Et n° 180. 169.

الوسائل المتلفزة (سمعى بصرى) ، عقود لإذاعة هذه العروض على موجاتها^(١) .

٣٤٧- تنفيذ أو ممارسة حق إحاطة النظر بغير المبيع .

يستطيع المشتري أن يمارس حقه فى إعادة النظر بإحدى طريقتين :
الأولى ، أن يطلب رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن .
والثانية ، أن يطلب استبدال المبيع بأخر .

وهذا يستفاد من نص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨م والمادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسى .

ولا يخفى أن الخاصية التى تميز الحق فى إعادة النظر هى رد المبيع واسترداد الثمن خلال المهلة المحددة ، لأن المشتري بممارسته لحقه فى الرد فى هذه الحالة ، يمس بجوهر التعاقد بما يعتبر اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، حسب المادة (١٤٧) مدنى مصرى . حيث يخول المشتري بنص أمر فى هذه الحالة أن يرجع فى تعاقده إذا شعر أنه تسرع فى إبرام البيع وأن المبيع لا يلاءم حاجته . فإذا اختار المشتري إعادة النظر بطريق تغيير البضاعة بأخرى خلال المدة المحددة فإن ذلك لا يمس بجوهر العقد^(٢) .

ويمكن للمشتري أن يمارس حقه فى إعادة النظر بالطريقتين معا فى الفرض التالى :

فقد يقدم المشتري على طلب تغيير السلعة بأخرى خلال المهلة المحددة فاقونا ويتبين له بعد التغيير أن المبيع لا يصلح للاستعمال المخصص من أجله ، وعندئذ يطلب رد المبيع واسترداد الثمن .

(1) BIZEUL (B), *ibid.*, n° 165, p. 159.

(2) PAISANT (G), *op. Cit.*, n° 15.

- BIZEUL (B), *thèse précitée*, n° 425, p. 339.

د. أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق فى ٢٦ ص ٤١٢ .

وبالتالى يكون قد مارس إعادة النظر فى شقيه (التغيير والرد) . وهذا التفسير للنص يتفق والحكمة من التشريع وهى حماية رضاء المشتري بتحويله خيار العدول عن التعاقد ، وهى مرحلة أبعد من مجرد تغيير المبيع بآخر ولا شك أن من يملك الأكثر يملك الأقل من باب أولى ، ويتحقق ذلك دون حاجة إلى حكم قضائى^(١) .

ولا شك أن هذا الحق المخول للمشتري فى إعادة النظر فى المبيع إنما هو تكريس لمبدأ "الرضا أو الرد" (Satisfait ou remboursé) . وهذا المبدأ أقرته نقابة مؤسست البيع بالمراسلة وبيوع المسافات^(٢) . ويلاحظ على الأحكام الخاصة بحق الرد والواردة بنص المادة (١٦/٢١) من قانون الاستهلاك ، ما يلى :

- ١- أن رد السلعة بقصد استبدالها بأخرى ، إنما يكون لعب عدم مطابقة السلعة للمبيعة ، فلا يكفى مطلق عدم الرضا من جانب المشتري حتى يثبت له الحق فى رد السلعة واستبدالها بأخرى^(٣) .
- ٢- أن حق رد السلعة واستبدالها بأخرى يختلف عن حق التغيير والإبدال وفقا لعقد المقايضة حسب المادة (١٧٠٣) مدنى فرنسى والمادة (٤٨٢) مدنى مصرى ، إذ التغيير وفقا لنص المادة (١٦/٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسى يعتبر التزام قانونى على علق البائع ، وليس لهذا الأخير مصلحة فى التغيير واسترداد الشيء المبيع ، كما أن هذا التغيير يتم بإرادة المشتري وحده ، على عكس الحال فى عقد المقايضة التقليدى فإن التغيير والمبادلة يحقق مصلحة الطرفين ، وهو يتم برضاء الطرفين^(٤) .

(١) د. أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق لـ ٢٦ ص ٢١٤ .

(2) BIZEUL (B), thèse précitée, n° 425, p. 339.

(3) PAISANT (G), op. Cit., n° 15.

(4) BIZEUL (B), thèse précitée, n° 426, p. 340.

٣- أن تحويل الحق للمشتري في رد السلعة واسترداد الثمن إنما يقصد به حمل البائع على تنفيذ التزامه بالتسليم تنقيذاً صحيحاً وكاملاً بتسليم شيء مطابق للمواصفات المتفق عليها^(١) وإعادة النظر في المبيع برده واسترداد الثمن يفترض أن يرد المشتري السلعة إلى البائع في حالة جيدة على أن يصبحها بفاتورة الشراء ، وبحيث تبقى السلعة على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ، وهو ما يثير العديد من المشاكل وخاصة في بيع المنتجات الغذائية للقبلة للتلف والقسك ، حتى خلال المدة التي حددها المشرع للرد . وبحيث يلتزم المشتري بالمحافظة على السلعة ، إذا رغب في ممارسة حقه في ردها خلال المدة المحددة ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص العادي . وهذه المشكلة لا تثور بطبيعة الحال إذا كان المبيع منتجاً صناعياً أو زراعياً لا يسرع إليه التلف خلال المدة المحددة بعد التسليم^(٢).

٣٤٨- مدة الرد *le délai de retour*

المدة التي حددها المشرع للمشتري لممارسة حقه في إعادة النظر في المبيع برده واسترداد الثمن ، أو رده وتغييره بآخر ، هي سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ تسليم المبيع. ولا يدخل في حساب المدة المذكورة يوم تسليم السلعة ، (المادة ١٦/١٢١ من قانون المستهلك الفرنسي) .

(١) PAISANT (G), op. Cit, n° 15.

- BIZEUL (B), thèse précitée., n° 426, p. 340

(٢) V. en ce sens:

- PAISANT (G), ibid, n° 16.

- BIZEUL (B), ibid, n° 427. P, 341.

- R.E.Q. Quest-écrite, n° 30872, Q:J.O.A.N, 29 octobre 1990, pp 5042 et 5043.

وهذه المدة ملائمة وكافية بطبيعة الحال ، حتى يتكبر المشتري أمره ويستشير غيره في شأن السلعة ، بما يجعله يتخذ قراره عن تفكير وتبصر كاف^(١).

٣٤٩- مصاريف الرد والإحالة. les frais de reexpédiation.

يستفاد من نص المادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (٢١/٨٨) والصادر في ٦ يناير ١٩٨٨ ، أن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع يرده إلى البائع بدون نفقات فيما عدا مصاريف الرد . وهو ما يمكن معه القول بأن المشتري إذا رغب في ممارسة حقه في رد السلعة ، فإنه يتحمل وحده نفقات ومصاريف البريد . الأمر الذي يحد من الحالات التي يلجأ فيها المشتري لممارسة الحق في إعادة النظر ، فهو حق مدفوع الثمن ، بما يجعل صاحبه أكثر روية وتمهلا قبل أن يلجأ إليه خصوصا إذا كان ثمن المبيع ضئيلا^(٢).

٣٥٠- خصائص الحق القانوني في إحالة النظر في المبيع .

يتميز هذا الحق بخاصيتين :

الأولى : خاصة النظام العام .

يعتبر حق المشتري في إعادة النظر في المبيع - بشقيه - والمقرر بنص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ م ، والمادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك ، حقا قانونيا من النظام العام .

(1) PAISANT (G), op. Cit, n° 17.

- BIZEUL (B), thèse précitée, n°s 432 et 433, p, 344.

- CALAIS AULOY (J), op. Cit, n° 85.

(2) PAISANT (G), ibid, n° 16

- BIZEUL (B), ibid, n°s 429 et 430, pp. 341 et 342.

د. أحمد السيد الزرقد . البحث السابق لـ ٢٧ ص ٢١٥ .

وذلك لأنه يهدف إلى حماية للرضائية وهي ركن من أركان العقد . وبالتالي لا يجوز للمشتري أن يتنازل عن هذا الحق مسبقا ، كما يقع باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق يقيد أو يحد من ممارسة هذا الحق ، وهو يدخل في إطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد^(١) ، ولكن يجوز للمشتري العدول عن هذا الحق بعد نشأته وثبوته له ، وذلك بعدم ممارسته لهذا الحق خلال المدة المحددة^(٢) .

الخاتمة : السمة التقديرية . un caractère discrétionnaire .

المادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي لم تفرض على المشتري الذي يستعمل حقه القانوني في إعادة النظر في المبيع برده ، أن يعطى أو يذكر أسباب الرد ، وهو ما يدل على أن هذا الأمر يترك لمطلق إرادة المشتري وتقديره الشخصي . كما أن لائحة شرف المهنة للبيع بالمراسلة لم تتطلب ذكر تبريرات أو إيراد أسباب لممارسة هذا الحق ، بل على العكس من ذلك فإن مبدأ أو قاعدة "الرضا أو الرد" la règle satisfait ou remboursé ، التي أقرتها اللائحة تسمح للعلاء بممارسة الحق في رد السلعة لو لم تكن مرضية لهم وأيا كان السبب أو التبرير ، فيكفى أن يكون سبب الرد هو عدم رضا المشتري بالسلعة ، ولا رقابة للقضاء على ذلك^(٣) .

(1) BIZEUL (B) thèse précitée, n°437, p. 346.

PAISANT (G), op. Cit, n° 16.

(2) Cass 3e civ, 27 octobre 1975, Bull. Civ, III, n° 310.

(3) BIZEUL (B), thèse précitée, n°s 438 et 439, p. 347.

- PAISANT (G), op. Cit, n° 16. et V. en même sens:

- RAYMOND Guy, droit du marketing, op. Cit, n° 744.

- Terre (F). Simler (P). lequette (Y), les obligations, op. Cit, n° 255.

٣٥١- الطبيعة القانونية للبيع مع الحق القانوني في إحاطة النظر في البيع .

إذا كان البيع بالتلفزيون ينقد بمجرد اتصال قبول متلقى البرنامج يعلم الموجب ، فإن الوجود القانوني للعقد لا يتحقق إلا بصورة مضطربة أو قلقة خلال المهلة التي حددها المشرع للمشتري لإعادة النظر في المبيع . ويرجع ذلك لأن حق المشتري في إعادة النظر في المبيع برده واسترداد الثمن يمس بالقوة الملزمة للعقد ، ولذلك لجته بعض الفقهاء في تحديد الوصف القانوني للبيع مع الحق في إعادة النظر في المبيع ، وذلك بإرجاعه إلى بعض الأنظمة التي تتشابه معه أو تختلط به .

وأهم هذه النظم : البيع بشرط التجربة والمذاق ، والوعد بالتعاقد والبيع بالعربون ، والعقد الترجيى أو المتتابع . ونوضح ذلك بالتفصيل على النحو التالى :

٣٥٢- البيع بالتلفزيون والبيع بشرط التجربة والمذاق .

البيع بشرط التجربة حسب المادة (٤٢١) منى مصرى ، والمادة (١٥٨٨) منى فرنسى ، هو بيع يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع ليتحقق من مدى ملائمته للغرض المقصود من الشراء وهذا البيع يتم بحسب الأصل تحت شرط وقف . وفيما عدا وجود اتفاق مخالف ، فإن البائع يبقى مالكا للشيء المبيع ويتحمل مخاطره حتى الإنتهاء من التجربة . وحق التجربة يثبت بالشرط صراحة أو ضمنا فى العقد . واشترط للتجربة يكون خلال مدة معلومة ، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يعن المشتري رفضه للبيع مع تمكنه من التجربة أعتبر ذلك بمثابة القبول للبيع ، وإذا أجرى المشتري التجربة ، فله الحق فى قبول المبيع أو رفضه ، ولكن لا يجوز له التصف فى استعمال هذا الحق ، بل يكون للبائع الحق فى مناقشته فى نتيجة التجربة إذا كان المقصود من التجربة

التحقق من الخصائص والمواصفات الموضوعية للشيء المبيع ، ومدى صلاحيته في ذاته للغرض الذي خصص له .

حيث يذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي الى رفض الوصف التقديرى لحق المشتري في قبول المبيع أو رفضه ، والإقرار بوجود حق للبائع في رقابة ومناقشة المشتري في الحكم على نتيجة التجربة^(١) .

بينما يذهب بعض الفقهاء إلى أن للمشتري حق تقديرى في قبول أو رفض الشيء محل التجربة^(٢) .

وذلك بخلاف الحال في البيع بالمذاق ، حيث يعتبر وعدا بالبائع من جانب البائع ، فلا ينعد البيع إلا بعد نوق المشتري للمبيع ورضائه به ، ويكون للمشتري حقا إراديا في قبول المبيع أو رفضه بعد المذاق ، بدون إمكانية الرقابة عليه من جانب البائع ، لأن النوق الشخصي للمشتري هو الذى يتحكم في نتيجة المذاق^(٣) .

(1) PLANIOL et RIPERT, T.X. op. Cit, n° 212, p 249.

- RIPERT et ROBLOT, op. Cit, n° 2514, p 619.

- Collart Dutibbeul et Delebecque, op. Cit, n° 87, p. 80.

(2) LORVELLEC (L), Vente à l'essai, op. Cit, n° 85, p. 10.

- Ducouloux-Favord (claude), op. Cit, p 48.

- د. عبد الرزاق السهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ٦٩ ص ١٣٢ .

- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق لـ ٣١ ص ٥١ .

(3) V. par ex:

- MAZEAUD et CHABAS, op. Cit, n° 915, p. 198.

- GHESTIN et DESCHÉ, la vente, op. Cit, n° 564, p. 631.

- MALAURIE et AYNÈS, op. Cit., T VIII, n° 104, p. 84.

- LORVELLEC, Vente à la dégustation, op. Cit, n° 15. P. 4.

وانظر لى الفقه المصرى :

- د. عبد الرزاق السهورى ، المرجع السابق جـ ٤ فـ ٧٥ ص ١٤١ .

- د. عبد النعم البدواوى ، المرجع السابق فـ ٦٦ ص ٨٧ .

- د. توفيق حسن فرج المرجع السابق فـ ١٠٤ ص ١٧٦ .

- أستاذنا الدكتور / عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق فـ ٦٠ ص ٨٦ .

وبمقارنة أحكام البيع مع الحق في التجربة والمذاق بالبيع بالتلفزيون مع الحق في إعادة النظر يتضح أن هناك خلاف بينهما سواء من حيث وصف الحق أو نطاق تطبيقه أو مداه أو أساسه .

من حيث وصف الحق :

فإن حق المشتري في إعادة النظر في المبيع يرده إلى البائع ، في البيع بالتلفزيون يوصف بكونه حق إرادى محض يترك تقديره لمشيئة المشتري دون معقب عليه في قراره من خبير أو قاض . على خلاف حق الرفض على أساس التجربة فليس بتقديرى لمطلق إرادة المشتري حسب الرأى الغالب فى الفقه ، فلا تترك نتيجة التجربة لمطلق إرادة المشتري . ويستطيع القضاء أن يراقب مدى التصف فى رفض المبيع ، بل يحق للبائع أن يثبت أن نتيجة التجربة كانت مرضية ، أو أن المشتري يتصف فى رفض البيع^(١) .

وإذا كان حق المشتري فى قبول المبيع أو رفضه فى البيع بالمذاق يوصف بكونه حق إرادى محض يترك تقديره لمطلق إرادة المشتري ، لأن الذوق للشخصى هو الذى يتحكم فى نتيجة المذاق ، وهو ما يوهم تشابهه مع الحق فى إعادة النظر فى البيع بالتلفزيون فى كونه حق إرادى يترك تقديره لمشيئة المشتري ، إلا أنه يظهر الاختلاف البين بينهما فى كون حق الرفض على أساس المذاق إنما يكون قبل إبرام العقد ، فلا يؤثر على القوة الملزمة للعقد ، لأن بيع المذاق لا يتم إلا بعد ذوق المشتري للمبيع ورضائه به وإعلان هذا الرضاء ، وفقا للمادة (٤٢٢) منقضى مصرى ، وذلك بخلاف حق المشتري فى رفض البيع ورد المبيع فى البيع بالتلفزيون، فإنه يثبت للمشتري بعد إبرام العقد وخلال سبعة أيام من تاريخ التسلم، ويترتب على ممارسته إهدار العقد .

(1) BIZEUL (B), thèse précitée, n°s 366 et 367, pp. 300 et 301 .

من حيث نطاق التطبيق :

البيع القابل لإعادة النظر لا يشمل إلا بيع المسافات وخاصة البيع بالتلفزيون ، بينما يتسع نطاق التجربة ليشمل جميع البيوع بين حاضرين أو غائبين ، وتنطبق خصوصا على بيع الآلات الميكانيكية والأدوات الكهربائية والسيارات المستعملة . وبيع المذاق تشمل المنتجات الغذائية والملابس للجاهزة وغيرها (١) .

من حيث المدة :

فإن مدى الحق المخول للمشتري في البيع مع إعادة النظر أوسع منه في البيع بشرط التجربة أو للمذاق ، ذلك أن إعادة النظر قد تتمثل في العدول نهائيا عن البيع ، وقد يرى المشتري الإبقاء على العقد مع طلب تغيير المبيع بآخر ، وقد يجمع بين الخيارين معا إذا تبين له بعد طلب تغيير المبيع أنه لا يحقق الغرض المقصود من الشراء مثلا ، أو أنه غير ملائم أو غير صالح للغرض المخصص له ، بينما لا يجوز للمشتري في البيع بشرط التجربة أو المذاق إلا قبول العقد أو رفضه وليس له أن يطلب تغيير المبيع بآخر ، وإذا طلب ذلك فلا يجبر البائع على التنفيذ (٢) .

من حيث المدة :

فإن مدة التجربة أو التذوق تحدد في الغالب بالاتفاق عليها بين المتبايعين ، فإن لم يكن هناك اتفاق صريح على المدة ، فإنة يمكن استخلاصها من العرف ، بحسب طبيعة الأشياء ، وفي هذه الحالة قد تطول المدة كما في حالة بيع الآلات المعقدة أو ذات التقنية الحديثة مثلا ، وقد تقصر في بيع المذاق خصوصا . فإذا لم يمكن استخلاص هذه المدة من العرف ، وجب

(١) د/أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق - ٢٤ ص ٢٢١ .

(٢) د/أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق ، الموضع السابق .

على البائع أن يعين مدة معقولة وأن يطعم المشتري بها (المادة ٤٢١ / ١ مدنى مصرى) ويجوز له أن يعثر المشتري بإجراء التجربة خلال هذه المدة المحددة ، بينما المدة التى تمنح للمشتري لإعادة النظر فى المبيع فى حالة البيع بالتليفزيون فهى مدة محددة بقوة القانون ، وهى سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع (المادة ١٢١ / ١٦ من قانون الاستهلاك الفرنسى، والمادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ م) .
ولا يجوز الاتفاق على مدة أقل أو أطول من ذلك ، وإلا وقع الاتفاق بطلا
لتعطيه بقاعدة آمرة .

من حيث الأساس الذى تقوم عليه المصلحة والغرض منها .
المهلة التى تمنح للمشتري لإعادة النظر يوجد أسسها فى فكرة حماية المستهلك ، فالمشرع يهدف إلى حماية إرادة المشتري من التسرع فى إبرام العقد^(١) ، وهذا الأمر يظهر جليا فى البيع بواسطة التليفزيون ، حيث يختلط عرض السلع بالدعاية لها فيندفع الشخص إلى الشراء ، ثم يتبين له فى ضوء المعلومات اللاحقة عن المبيع أو بعد رؤيته فعلا أنه قد تسرع فى التعاقد وبالتالي فقد منحه المشرع مدة قصيرة ، سبعة أيام من تاريخ التسليم يستطيع فيها إعادة النظر فى البيع ذاته أو فى المبيع دون البيع ، أما مدة التجريب أو التذوق فالغاية منها تمكن المشتري من الوقوف على حقيقة المبيع والتأكد من ملائمته وصلاحيته للغرض الذى اشتراه من أجله ، ويرجع فى ذلك إلى إرادة المتعاقدين والعرف الجارى وطبيعة المبيع ، ولا علاقة فى ذلك بحماية إرادة المشتري^(٢) .

(1) BIZEUL (B) Thèse précitée, n°367, p. 301 ., en ce sens .

- PAISANT (G) ,OP CIT .,n°20

(٢) د/ أحمد السيد الزقرد ، البحث السابق لـ ٢٥ ص ٢٢٢ .

ويتضح مما تقدم أن البيع بالتليفزيون مع الحق فى إعادة النظر يختلف عن البيع بشرط التجربة أو مذاق.

٣٥٣- البيع بالتليفزيون والوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو: اتفاق يتم بتوافق ارادتين ، بموجبه يعد أحد العاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل إذا أظهر الأخير رغبته فى ذلك خلال مدة معينة^(١)

فإذا كان هذا العقد بيعا ، فإن الوعد بالبيع يعتبر عقدا يمهّد لإبرام العقد الموعود به (عقد البيع النهائى) وبالتالي يتعدّد البيع عبر مرحلتين الأولى: الوعد بالبيع والثانية : إبرام العقد الموعود به . وعادة ما يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد وهو الواعد *une promesse unilatérale* وهكذا يفترض الوعد بالبيع اكتمال أركان العقد ، كما يتضمن العناصر الجوهرية للعقد الموعود به ، وهى الاتفاق على المبيع والثمن كما يلزم تحديد المدة التى يظهر فيها الموعود له رغبته فى إبرام العقد النهائى^(٢). وبمقارنة هذه الأحكام مع الحق القانونى فى إعادة النظر فى البيع بواسطة التليفزيون ، يتضح أنه وإن كان الموعود له فى الوعد بالتعاقد يحتفظ بحرية قبول أو رفض إبرام العقد النهائى خلال المدة المتفق عليها ، وذلك كالمشتري بواسطة التليفزيون والذى يمنحه القانون مهلة محددة لإعادة النظر فى المبيع أو البيع إلا أنه يوجد اختلاف جوهري بين النظامين فالمدة فى الوعد بالبيع تتحدد بالاتفاق عليها بين الطرفين أما فى البيع

(١) د/ عبد الودود عيسى ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق فـ٣٦ ص ٥٠.

(٢) انظر فى هذا المقام

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد المرجع السابق فـ٨٠ ص ١٧١.

- د/ عبد النعم فرج الصده ، نظرية العقد المرجع السابق فـ ٢٠٧ ص ٣٠٣.

- د/ عبد الودود عيسى مصادر الالتزام المرجع السابق فـ ٣٧ ص ٥١ و ٥٢.

بالتليفزيون فهي محددة قانونا بنص المادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ م.
كما أن البيع بالتليفزيون يعتبر بيعا تاما وعقدا ملزما للجانبين un contrat synallagmatique إلا أن المشرع خول المشتري الحق في إعادة النظر في المبيع أو البيع خلال مدة محددة وذلك لأسباب خاصة أهمها : حماية إرادة المشتري من التسرع في إبرام العقد . وذلك بخلاف الوعد بالبيع فإن الوجود للقانوني للعقد النهائي لا يكتمل قبل إيداء الموعد له الرغبة في التعاقد . ولا تترتب بالتالي آثاره القانونية قبل إيداء الرغبة^(١).

وحق إعادة النظر في البيع بالتليفزيون يخول المشتري إمكانية العدول عن البيع ، أو تغيير المبيع مع الإبقاء على العقد، بينما لا يملك الموعود له خلال فترة الوعد بالبيع إلا قبول أو عدم قبول العقد النهائي، كما إن انقضاء المدة المحددة لإعلان الرغبة في الوعد بالتعاقد يترتب عليها انقضاء العقد ، بينما انقضاء المدة الممنوحة للمشتري لإعادة النظر في البيع بالتليفزيون يترتب عليها انعقاد العقد ولزومه ، واستعمال الموعود له حقه في الخيار بإيداء رغبته في التعاقد يترتب عليه إبرام العقد النهائي وتماحه بينما يترتب على استعمال المشتري لحقه في إعادة النظر في البيع إهدار العقد وزواله^(٢).

(1) BIZEUL (B) thèse précitée, n° 445, p. 351.

- د/ أحمد السيد الزرقد ، البحث السابق في ٣٨ - ٢٢٢.

- عبد الرودود يحيى مصادر الالتزام في ٣٨ - ٥٢.

(2) V.en ce sens:

- BIZEUL (B) ibid, n° 445, p. 352.

وانظر في الفقه المصري :

- د/ أحمد السيد الزرقد ، البحث السابق في ٣٨ - ٢٢٤.

- د/ عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في ٢٠٩ - ٣١٠ .

٣٥٤- البيع بالتلفيزيون والعربون:

العربون arrhes هو : مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد ، ويكون غرضهما من ذلك إما حفظ الحق لكسل منهما في العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون ، أو تأكيد العقد باعتبار دفع العربون بدءا في تنفيذه^(١).

وتقوم العلاقة بين البيع بالعربون والبيع بالتلفيزيون مع الحق في إعادة النظر إذا اتفق طرفا العقد على إتمام التعاقد على أن يكون لهما خيار العدول ، وبحيث يكون العربون ثمنا للعدول (المادة ١٠٣ مدنى مصرى والمادة ١٥٩٠ مدنى فرنسى) فإذا لم يعدل أحد الأطراف خلال المدة المتفق عليها اعتبر البيع باتا^(٢) .

وهكذا يعتبر عقد البيع مطلقا على شرط واقف هو عدم استعمال خيار العدول أثناء المدة المتفق عليها ، والعقد ينشأ في الحالتين مع الحق فى العدول.

وبذلك يقترب البيع بالعربون من البيع بالتلفيزيون ، حيث يتمتع المشتري فى الحالتين بالحق فى خيار العدول خلال مدة معينة ، وتفويت هذه المدة يعنى تأكيد البيع ، كما أن المشتري يفقد العربون عند عدوله ، وهو أيضا يتحمل مصاريف الرد عند العدول فى البيع بالتلفيزيون^(٣).

ومع ذلك لا يعتبر البيع بالتلفيزيون بيعا بالعربون ، حيث يتمتع المشتري فى البيع بالتلفيزيون بالحق فى إعادة النظر فى البيع خلال مدة محددة

= د/ عبد الرود مجي ، مصادر الالتزام - ٣٨ - ٥٢.

(١) د/ عبد المصم فرج الصده، نظرية العقد ، المرجع السابق - ٢١٣ - ٣١٦.

(2) MAZEUD (H.L.J) et CHABAS (F), Vente et échange, par M. de jugalart, op. Cit, n° 805

- BIZEUL (B) thèse précitée., n° 451, p.355.

(3) BIZEUL (B) ibid, n° 452 et 453, pp, 356 et 357.

فتكونا دون أن يفقد أى جزء من ثمن المبيع ، على عكس المشتري بالعربون ، والذي يفقد العربون إذا عدل باعباره ثمنًا للعدول. ثم إن خيار العدول فى البيع بالتليفزيون يتقرر لمصلحة المشتري بقصد حماية إرادته من التسرع فى إبرام العقد ، على عكس الحال فى البيع بالعربون^(١).

والحق فى إعادة النظر والعدول عن العقد وفقا للمادة (١٦/ ١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسى ، والمادة ١/٣ من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨م ، يتميز بالطابع أو الصفة التقديرية من جانب المشتري كما أن المشتري عند عدوله يتحمل مصاريف الرد والذي يستفيد بها ليس البائع الطرف الآخر فى العقد ، بل الناقل وهو من الغير . بخلاف الحال فى البيع بالعربون حيث يستفيد البائع بالمبلغ المدفوع مقابل استعمال المشتري لخيار العدول.

ورغم هذا الاختلاف الواضح بين الحق فى إعادة النظر فى البيع بالتليفزيون وحق العدول فى البيع بالعربون ، فإن بعض الفقه الفرنسى يرى أن حق إعادة النظر فى البيع بالتليفزيون له طبيعة قريبة جدا من حق العدول فى البيع بالعربون ، ولكنه يعتبر حق عدول خالص ، أنشأه المشرع الفرنسى لحماية للمشتري وتحقيقا لمصلحته الخاصة نظرا للطبيعة الخاصة للبيع بالتليفزيون^(٢) .

٣٥٥- حق إعادة النظر فى البيع بالتليفزيون ونظرية التكوين

التحريجي أو المتتابع للعقد.

يذهب بعض الفقه الفرنسى إلى القول بأن البيع القابل لإعادة النظر خلال مهلة محددة ، هو بيع يتم فيه رضا المشتري على مرحلتين متتابعتين .

(١) د/ أحمد السيد الزرد ، البحث السابق فـ ٣٩ ص ٢٢٥ .

(٢) BIZEUL (B), thèse précitée, n°s 455 et 456, pp, 358 et 359.

فى المرحلة الأولى : يولد البيع بتطبيق إرادتى المتبايعين ، وهى مرحلة لا تكفى بذاتها لتمام العقد ، لأنه يحتمل أن يكون المشتري مدفوعا ومتسرعاً فى هذه المرحلة إلى إبرام العقد دون علم كاف أو إرادة متبصرة بحقيقة محل العقد تحت تأثير جاذبية وأغراء العرض للتليفزيونى ولذلك منحه المشرع مهلة سبعة أيام من تاريخ التسليم ليعيد للنظر فى البيع ، بحيث لا يكتمل الوجود القانونى للعقد إلا بانتهاء هذه المهلة الزمنية ، وعندها تبدأ المرحلة الثانية التى يكتمل بها وجود العقد^(١).

وبذلك فإن حق إعادة النظر فى البيع بالتليفزيون لا يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد ، لأن العقد لا يكون تاماً ومكتملاً الوجود القانونى عند ممارسة الحق فى إعادة النظر فى البيع ، وطالما أن المهلة القانونية لم تنتهى بعد^(٢).

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية نظرية التكوين المتتابع للعقد وقررت أن العقد كان تاماً منذ إجراء المشتري طلب الشراء ، لأنه الوقت الذى حدث فيه تقابل الإرادتين ، وبذلك يكون العقد تاماً قبل التنفيذ المحتمل لحق العدول^(٣).

وقد أخذ بعض الفقه الفرنسى بوجهة النظر هذه ، وأكد على أن حق الرد وإعادة النظر فى البيع لا يمنع أو يعوق عقد البيع بالتليفزيون من التكوين منذ الوقت الذى أجرى فيه العميل طلبه للشراء ، وبحيث يكتمل الوجود القانونى للعقد تماماً بمجرد تبادل إرادتى المتبايعين على المبيع والثمن ، وتنقل الملكية إلى المشتري فور إبرام العقد ، خاصة وأن بيوع المسافات عموماً ، لا يتم فيها التسليم عادة إلا بعد الوفاء بالثمن . وهكذا تنتقل تبعة هلاك المبيع إلى المشتري حتى قبل تقضاء المهلة التشريعية المحددة

(1) CALAIS - AULOY (J) op. Cit, n° 85.

(2) BIZEUL (B) thèse précitée , n° 442, p. 350 .

(3) cass 1er civ 10 juin 1992, Bull civ, 1, n° 178, pp.121 et 122

- contrats . concu, consom , octobre 1992, n° 195, note, RAYMOND .

للعول عن البيع^(١) ومن ثم ينعقد العقد نافذا ، وكل ما هنالك أن للمشتري الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة خلال المدة المنصوص عليها قانونا. ويذهب جانب من الفقه المصري إلى رفض فكرة التكوين للمتتابع للرضا لافتقارها إلى أساس تستند عليه^(٢) ويرى صاحب هذا الرأي أن حق إعادة النظر المنصوص عليه بالمادة الأولى من قانون ٦ يناير ١٩٨٨م ، يدخل في نطاق الوسائل الفنية التي لجأ إليها المشرع خاصة في فرنسا حماية لرضاء المستهلك من الضغط المعنوي أو النفسى الذى يتعرض له خصوصا في البيع بالتليفزيون .

ومن المسلم به أن نظرية حماية المستهلك قد لعبت في القانون الفرنسى خاصة ، دورا مؤثرا على عدد من المبادئ التقليدية التى تحكم العقد ومنها وأهمها القوة الملزمة للعقد ، حيث يجوز للمشتري بعد انعقاد العقد وتسلمه المبيع أن يعدل عنه أو أن يطلب استبدال المبيع بأخر خلال فترة محددة . وهذا النص قد تقرر لضرورة خاصة وهى حماية رضاء المستهلك من التسرع فى الشراء أو إيهار العرض التليفزيونى، وهذه الضرورة تقدر بقدرها فلا يتوسع فيها ولا يقاس عليها . وبذلك فإن الحق فى إعادة النظر فى البيع خلال فترة معينة يستمد أساسه القانونى من ذات الاعتبارات التى تقوم عليها نظرية حماية المستهلك^(٣) وهو نفس الأسس الذى أقام عليه جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين^(٤) للترام البائع بإعلام

(1) BIZEUL (B) thèse précitée, n° 444, p. 351.

- PAISANT (G) ,op, cit, n° 18

(٢) د/ أحمد السيد الزرقد ،البحث السابق ف-٤٢ ص ٢٢٨.

(٣) د/ أحمد السيد الزرقد ، البحث السابق ف-٤٥ ص ٢٢٢ و ٢٢٣.

(4) v. par ex:

- GROSS (B) et BIHR (ph), op. Cit, p 249

- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (ph) op. Cit, n° 102, p, 92.

- cass 1 civ, 23 juin 1993, Bull. Civ, 1, n° 232

- cass civ, 11 Juin 1991, R.T.D. civ, 1992, p. 114. Obs. Jourdain.

المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع والذي يتجسد في مجموعة من النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية المستهلك منها: المادة (١/٢) من تشريع ١٨ يناير ١٩٩٢م والمواد (١/١١١) و (٣/١١٣) من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في ٢٦ يولييه ١٩٩٣م.

ولرى أن الحق في إعادة النظر في البيع ورد المبيع ، هو حق قانوني مقرر بنص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ م ، والمادة (١٦/٢١) ؛ من قانون الاستهلاك الفرنسي، يمنح للمشتري في بيوع المسافات عموما والبيع بالتليفزيون بصفة خاصة ، لما يخشى فيه من الإضرار بمصلحة المشاهد المستهلك نتيجة اندفاعه إلى الشراء دون علم كاف بحقيقة المنتج المعروض للبيع ، وذلك تحت تأثير وجاذبية العرض التليفزيوني وهذا الحق يدخل في إطار ما تحرص عليه القوانين الحديثة من توفير الحماية الكافية للمستهلك إزاء مخاطر التقدم الاقتصادي والتكنولوجي المعاصر في مجال التعاقد ، وهو يتميز بالتالي عن غيره من الأنظمة القانونية.

٣٥٦- إيجاب البيع بالتليفزيون:

إنشاء البيع بالتليفزيون يعتبر من الأمور الصعبة ، حيث ينعدم الاتصال المادي بين الطرفين ، والعرض يكون مذاعا عبر البرنامج التليفزيوني على الهواء ، والقبول ينقل إلى علم الموجب بالتليفون أو المينيتل ، والتسليم يتم عبر البريد ، ودفع الثمن يتم فسي الغالب عبر الاتصال التليفوني بتقديم رقم الكارت البنكي الظاهر للخاص بالعميل ليتم خصم الثمن من حسابه بالبنك ، وكل هذا يتم بدون تباعل أية رسالة مكتوبة بين الطرفين مما يصعب من عملية الإثبات.

وانذلك يذهب بعض الفقه الفرنسي^(١) إلى ضرورة قلب عبء الإثبات لصالح العملاء عن طرق إلزام البائعين المهنيين بإرسال تأكيد كتابي إلى عملاءهم قبل أن يصبح العقد مبرما بصفة نهائية على أن يكون موقعا من العميل ، وبحيث يجب على البائع المهني إثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام قبل إبرام العقد عن طريق هذه المصادقة أو التأكيد المكتوب.

كما يجب قبول الفاتورة غير المالية أو الإلكترونية ، والتسليم بها كدليل في الإثبات ، وهذه الفاتورة يتم الحصول عليها من الكمبيوتر باستخدام الطابعة الموجودة به ، للحصول على التوقيع الإلكتروني والذي يتم تسجيله على الحاسب الآلي عندما يجرى العميل طلبه الشراء.

ويلاحظ عدم وجود نص تشريعي يتعلق بالبيع بواسطة التليفزيون وغيره من بيوع المسلفات في القانون المصري وذلك بالرغم من أن التطور السريع في وسائل الاتصال الحديثة قد كشف عن برامج للتسويق والترويج للسلع والمنتجات عبر التلفاز في القنوات التي تبث إرسالها عبر الفضاء وأيضا في بعض القنوات المحلية وهي برامج تستخدم فيها كل وسائل الجذب والتحريض على الشراء ، وخاصة للسلع الأجنبية بما يؤثر ولا ريب على رضا المتلقي الأمر الذي يدفع إلى التفكير في حمايته ويدعو إلى ضرورة تدخل المشرع لمعالجة مثل هذه الأوضاع.

(1) BIZEUL (B), le télé-achat et le droit des contrats, thèse précitée, n° 557, p 427, et n° 589 p. 450.

المبحث الثانى

الإعلان عن المبيع ووصفه بما يصح به السلم

فى الفقه الإسلامى

٣٥٧- تمهيد :

إذا كان عرض المبيع عبر البرنامج التليفزيونى يتضمن الإعلان عنه والإعلام بأوصافه ، فإنه يمكن مقابلة ذلك فى الفقه الإسلامى ، بوصف المبيع فى بيع السلم مع الإعلان المشروع عنه ، حيث أجاز جمهور الفقه الإسلامى الإعلان عن السلع والمنتجات بشروط معينة ، وصححوا بيع السلم وفيه لا يرى المشتري المبيع وقت العقد ، بل بوصف له ، ويكون الوصف هو سبيل معرفته به.

ونبين فيما يلى : مدى مشروعية الإعلان عن السلع والمنتجات فى النظام الإسلامى ، ومدى كفاية وصف المبيع لتحقيق العلم به فى بيع السلم ، أو رؤيته بواسطة المرآة ، ومؤنة ومصاريف رد المبيع المخالف للمواصفات المعطى عنها.

٣٥٨- الإعلان عن السلع والمنتجات فى النظام الإسلامى:

الأصل أن الإعلان عن السلع والمنتجات عبر وسائل الإعلان المختلفة إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين المتبايعين وعموم الخير لهما فهو مباح .

ولا شك أن فى الإعلان عن السلع والمنتجات بقصد الترويج لها وبيعها وتحقيق الربح ، مصلحة ظاهرة للمعنيين من المنتجين والتجار ، وكذلك فى تعريف المستهلكين بالسلع وتركيباتها واستخداماتها ومزاياها وتيسير

حصولهم عليها لإشباع حاجاتهم مصلحة ظاهرة للمستهلكين^(١)، ولكن إباحة الإعلان عن السلع مقيد بتوافر شروط معينة.

٣٥٩- الشروط اللازمة لتوافرها لإباحة الإعلان عن السلع.

١ - أن تكون السلعة المعطن عنها مما يجوز التعامل فيها شرعا ، فلا يجوز الإعلان عن الخمر مثلا .

٢ - ألا يكون القصد من الإعلان الشاء المجرد الهادف إلى جذب المستهلكين إلى شراء السلع والمنتجات ، دون مراعاة مقاصد الشريعة من إباحة التجارة .

٣ - أن يكون صاحب الإعلان صادقا فيما أعلنه من بيانات ومواصفات عن السلع والمنتجات . فقد رغب رسول الله - ﷺ - في الصدق في التجارة ومدح التاجر الصدوق ، ويدل على ذلك ما رواه الإمام الترمذى بمسند حسن ، عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه ، عن النبي - ﷺ - أنه قال : " التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"^(٢) وحذر رسول الله - ﷺ - من الكذب لأنه سمة النفاق والفجور ، ويدل على ذلك ما رواه إسماعيل بن عبيد بن رفاعه عن أبيه عن جده رضى الله عنهما ، أنه خرج مع رسول الله - ﷺ - إلى المصلى ، فرأى الناس يتبايعون ، فقال : " يا معشر التجار ، فاستجابوا له ، ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه ، فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا ، إلا من اتقى ويبر وصدق"^(٣).

(١) د/ محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي رسالة دكتوراه - ٢٩٧ كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ط. ١٩٩٢ م ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مسائل في الفقه الإعلان التجارى وبعض ما يترتب عليه من أحكام" - ٢٧ - ٢٠٩ المجلد الرابع عشر ، السنة الرابعة ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

(٢) رواه الترمذى انظر : تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى ج٤ - ٣٢١ - ٣٢٢ ط. دار الفكر ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

(٣) أخرجه الترمذى وابن ماجه انظر : تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى ج٤ - ٣٢٢ ، سنن ابن ماجه ج٢ - ٧٢٦.

- ٤ - أن يكون الإعلان عن السلع والمنتجات مطابقا لحقيقتها . فإن لم يكن كذلك يصبح في حكم التزوير بالقول ، والتغريب بالناس والكذب والتحليل عليهم ، فضلا عن كونه ضربا من ضروب الغش وقد ساءى الرسول ﷺ في الوصف بين الغش والخروج على الأمة بالسلاح ، ويدل على ذلك ما رواه الإمام مسلم عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه ، أن رسول الله ﷺ قال "من حمل علينا السلاح فليس منا ومن غشنا فليس منا" ^(١) ، لأن في الغش خروج عن دين الله القويم ، وظلم للناس وأكل لأموالهم بالباطل .
- ٥ - ألا يكون في السلعة المعلن عنها عيبا ظاهرا أو باطنا ، فالمعلن إذا علم بالعيب الذي في سلعته ولم يبينه للناس بل أثنى عليها ودعى الناس إلى شرائها ، فهو بمثابة البائع الغاش ، بل هو أشد منه جرما ، لأنه كتم العيب وزين بضاعته بالكذب . وللمشتري رد السلعة المعيبة ومطالبة البائع المعلن بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء عيب السلعة ^(٢) .
- ٦ - ألا يتعدى المعلن على غيره ، بحيث يجعل من الإعلان عن تجارته وسيلة لزم تجارة غيره ، سواء بالتصريح أو التعريض لما في ذلك من الإضرار به والإساءة إليه ، وهو منهى عنه شرعا لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " لا ضرر ولا ضرار " ^(٣) وقوله ﷺ " من ضار أضرب به " ^(٤) وقوله ﷺ : " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه " ^(٥) .

^(١) رواه مسلم انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٤٣ .

^(٢) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مسائل في الفقه ، " الإعلان التجاري وبعض ما يترتب عليه من أحكام " -

٢٧ ص ٢٠٩ .

^(٣) رواه ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٤ .

^(٤) رواه ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٨٥ .

^(٥) رواه مسلم انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٦ .

٣٦٠- وصفه المبيع بما يصح به السلم في الفقه الإسلامي .

يشترط الفقه الإسلامي في رأس مال السلم (المبيع) أن يكون معلوماً وقت التعاقد ، ويتحقق ذلك عن طريق ذكر أوصافه التي يختلف بها الأغراض اختلافاً بينا ، ويختلف بها الثمن اختلافاً ظاهراً ، بحيث يكفي الوصف في العلم بالمبيع ويقضى عن رؤيته وقت العقد .

ونوضح ذلك من خلال تعرضنا لأحكام بيع السلم في الفقه الإسلامي .

٣٦١- تعريف السلم في اللغة .

السلم في اللغة معناه السلف ، يقال أسلمت إليه بمعنى أسلفت . قال صاحب المصباح المنير " السلم في البيع مثل السلف وزناً ومعنى ، وأسلمت إليه ، بمعنى أسلفت " (١) .

٣٦٢- تعريف السلم في اصطلاح الفقهاء ،

عند الحنفية : عرفه العلامة ابن عابدين بقوله : " هو شراء أجل بعاجل (٢) وعند المالكية : عرفه العلامة الدريدر بأنه : " بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل " (٣) .

وعند الشافعية : جاء في نهاية المحتاج ، أن السلم هو : بيع شيء موصوف في النمة بلفظ السلم أو السلف (٤) .

وعند الحنابلة : جاء في الإقناع وشرحه كشاف القناع ، أن السلم هو : عقد على موصوف في النمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد (٥) .

(١) المصباح النور مادة " سلم " الجزء الأول ص ٢٨٦ .

(٢) رد المحتار ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٣) الشرح الكبير للدريدر ج ٣ ص ١٩٥ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٨٢ ط مصطفى الباي الحلبي ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م .

(٥) كشاف القناع عن من الإقناع ج ٣ ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .

والسلم على ذلك يعتبر نوعا من البيع فيصح بلفظه ، ويلفظ السلم والسلف^(١) . ويتضح من هذه التعريفات أنه يجوز بيع شيء مؤجل التسليم على أن يكون الثمن عاجلا ، ويجب أن يكون المبيع معلوما للمشتري وقت العقد ، وأن سبيل العلم به هو الوصف .

٣٦٣ - مشروعية السلم .

ثبتت مشروعية السلم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فيدل عليه قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)^(٢) .

وجه الدلالة ، أن الآية الكريمة ألقت مشروعية الدين إلى أجل معلوم ، ويدخل في هذا السلم ، لأن المسلم فيه دين إلى أجل معلوم ، فيكون مشروعاً .

وأما السنة ، فيدل على مشروعية السلم ما رواه الشيخان البخاري ومسلم بسندهما عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث ، فقال ﷺ : " من أسلف فسيتمر فليسف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"^(٣) .

وجه الدلالة ، يدل الحديث الشريف على إباحة السلم وجوازه بشرط تحقق الشروط المعتبرة فيه .

^(١) يقع الصانع ج ٧ ص ٣١٤٧ ، المتنع للعلامة ابن قدامة المقدسي ص ١١٢ . دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

^(٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٨٢)

^(٣) رواه البخاري ومسلم ، انظر : فتح الباري بشرح البخاري ج ٥ ص ٣٣٤-٣٣٥ ط ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م مطبع البابي الحلبي ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٢١٧ الطبعة الثالثة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م دار الخير وروى هذا الحديث بلفظ : " من أسلف فليسف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " انظر : سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٥ طبعة دار إحياء الكتب العربية فيصل الحلبي .

وأما الإجماع : فقد قال العلامة ابن المنذر : * أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز * ^(١) .

٣٦٤ - أركان السلم ،

يذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن لركن السلم ثلاثة ، وهي :

- ١- الصيغة (الإيجاب والقبول) .
 - ٢- العاقدان (وهما المسلم والمسلم إليه) ، فالمشترى في هذا العقد هو المسلم أو رب المسلم ، والبائع هو المسلم إليه .
 - ٣- المحل (وهو رأس مال للمسلم والمسلم فيه) ورأس مال المسلم هو الثمن ، والمسلم فيه هو المبيع .
- ويرى فقهاء الحنفية أن للسلم ركن واحد وهو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول الدالين على اتفاق الإرادتين وتوافقهما على إنشاء هذا العقد . وفي هذا يقول العلامة الكاسبي : * أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع ، بأن يقول رب السلم أسلمت إليك في كذا أو أسلفت ، لأن السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد ، يقال : سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد ، فإذا قال المسلم إليه قبلت فقد تم الركن ، وكذا إذا قال المسلم إليه بعث منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت ^(٢) .
- ونوضح فيما يلي مدى كفاية وصف المبيع في عقد السلم لتحقيق العلم به ، وذلك من خلال تعرضنا لبيان شروط المعقود عليه (المحل) في عقد السلم ، وهو المسلم فيه (المبيع) ورأس مال المسلم (الثمن) .

^(١) المغني لابن قدامة المقدسي ج ٤ ص ٣٠٤ ط. عالم الكتب ، بيروت .

^(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٤٧ .

٣٦٥ - شروط المسلم فيه " المبيع " .

يشترط الفقهاء في المسلم فيه توافر شروط معينة حتى يصح العقد عليه .
وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

١. أن يكون المسلم فيه حديثاً موصوفاً في حمة المسلم إليه .
فلا يصح السلم إذا جعل المسلم فيه شيئاً معيناً بذاته ، لأنه يخالف مقتضى العقد ، إذ هو موضوع لبيع شيء موصوف في الذمة بثمن معجل ، كما قد يؤدي تعيين المسلم فيه إلى جعل السلم من عقود الغرر في حالة عدم القدرة على تسليم الشيء المعين لهلاكه قبل حلول وقت أدائه ، فيستحيل تنفيذ العقد ويؤدي إلى السلف الذي يجر نفعاً^(١) .
وهذا بخلاف ما لو كان المسلم فيه موصوفاً في الذمة ، فإن الوفاء يكون بأداء أية عين تتحقق فيها الأوصاف المتفق عليها ، ولا يتعذر تنفيذ العقد لو تلف المسلم فيه قبل تسليمه ، إذ يسعه الانتقال عنه إلى غيره من أمثاله^(٢) .

٢- أن يكون المسلم فيه معلوماً ،
لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لصحة السلم أن يكون المسلم فيه معلوماً بما يرفع عنه الجهالة ، ويسد أبواب المنازعة بين المتعاقدين عند تسليمه ، وذلك لأنه بدل في عقد معاوضة مالية فيشترط فيه أن يكون معلوماً ، كما هو الشأن في سائر عقود المبادلات المالية^(٣) .

(١) قوانين الأحكام الشرعية من ٢٨٢ ، حاشية السوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢١٠ ، المقدمات المهدية ج ٢ ص ٥١٥ - ٥١٦ ، وروضة الطالبين ج ٤ ص ٦ ، لمائة احتجاج ج ٤ ص ١٨٣ ، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي مع المجموع ج ٩ ص ٢٢١ .

(٢) كشف النافع عن من الإلتناع ج ٣ ص ٢٩٢ ، الموسوعة الفقهية الجزء الخامس والعشرون ص ٢٠٧ و ٢٠٦ .

(٣) الموسوعة الفقهية ج ٢٥ ص ٢٢٠ - ٢٠٩ .

. ويتم العلم بالمسلم فيه عن طريق ذكر أوصافه التي يختلف بها الأغراض .
اختلافاً بينا وليس الأصل عدمها ، ونكر الأوصاف التي يختلف بها الثمن
اختلافاً ظاهراً ، كأن يبين البائع جنس المبيع ، كقوله حنطة أو شعير أو
تمر ، ويبين نوعه إذا كان للجنس الواحد أكثر من نوع بحيث يختلف
نوعه ، كقوله : حنطة سقية أو نحسية ، أو تمر برنى أو فارسي ، وينكر
لونه ويبين حديثه وقنمه ، كما يجب أن يبين صفته كقوله : جيد أو وسط
أو رديء^(١) .

ويجب بيان قدر المبيع للمسلم فيه بما ينفي عنه الغرر من كيل في المكيل
ووزن في الموزون وعد في المحدود ونذر في المنزوع^(٢) وبيان القدر
يتحقق بكل وسيلة ترفع الجهالة عن المقدار الواجب تسليمه وتضبط
الكمية الثابتة في الذمة ديناً ، وبصورة لا تدع مجالاً للمنازعة عند
الوفاء^(٣) .

ويجب أن يكون ما به التقدير (وهو المعيار أو وحدة التقدير) معلوماً
ومعتاداً عند الناس . لأنه لو كان غير معلوم كان التقدير بمنزلة العدم ،
وإن كان معلوماً بكيل أو وزن غير معتاد ، فقد يتلف أو يفقد قبل التسليم
فيؤدي إلى التنازع والغرر^(٤) . وفي هذا يقوم العلامة الكاسبي : " أن يكون
(أي المسلم فيه) معلوم القدر بكيل أو وزن أو نزع يؤمن عليه فقده عن

(١) بدائع الصنائع ج٣ ص ٣١٦٢ ، رد افطار ج٤ ص ٢٢٨ ، الشرح الكبير للردري ج٢ ص ٣٠٨ ،
شرح الخرش ج٥ ص ٢١٣ ، نهاية المحتاج ج٤ ص ١٩٨ - ١٩٩ ، المغني لابن قدامة ج٤ ص
٣١٠ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢١٦ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٩٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣١٦٢ ، الشرح الكبير للردري ج٢ ص ٢٠٧ ، نهاية المحتاج ج٤ ص ١٩٤ -
١٩٥ ، المغني لابن قدامة ج٤ ص ٣١٨ .

(٣) نهاية المحتاج ج٤ ص ١٩٥ ، المغني لابن قدامة ج٤ ص ٣١٨ شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢١٨ .

(٤) د/ علي أحمد مرعي رد/ المراسي عبد العزيز السماحي ، قطوف من المقود لـ الفقه الإسلامي دراسة مقارنة
ص ٣٠٨ الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م ، دار الطباعة الحملية .

أدى الناس، فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد، بأن أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره ، بأن قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه، أو بخشبة لا يعرف قدرها^(١).

ويقول العلامة ابن قدامة : " يجب أن يقدر بمكيال أو أرتال معلومة عند العامة ، فإن قدره بقاء غير مطوم ، أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح ، لأنه قد يهلك فيتعذر معرفة قدر المصلم فيه ، وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد"^(٢).

وجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والإمام أحمد فى رواية عنه رجحوا كثير من الحنابلة ، لا يرون بأساً فى اتفاق العاقلين على تحديد المصلم فيه بأية وحدة قياسية عرفية تضبطه، ولو كانت غير مستعملة لتحديده فى زمن النبوة ، لأن الغرض معرفة قدره بما ينلّى عنه الجهالة والغرر وإمكان تسليمه من غير تنازع، والعلم بالقدر يمكن حصوله بأية وحدة قياسية عرفية منضبطة ، وعلى هذا فلو قدره بأى قدر جاز^(٣) .

وخالف فى ذلك بعض الحنابلة على المعتمد فى مذهبهم وقالوا لا يصح سلم فى مكيل وزنا ، ولا فى موزون كيلا لأنه قدره بغير ما هو مقدر به فى الأصل فلم يجز^(٤).

وذهب فقهاء المالكية إلى أنه لا بد أن يضبط المصلم فيه بالوحدة القياسية التى تعارف عليها أهل البلد وقت العقد على تقديره بها قطعاً للمنازعة بين

^(١) بدائع الصنائع ج٧ ص٣١٦٢.

^(٢) المفتى لابن قدامة ج٢ ص٣١٨.

^(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص٣١٦٤، نهاية المحتاج ج٤ ص١٩٥ المفتى لابن قدامة ج٤ ص٣١٨-٣١٩.

كشف القناع ج٣ ص٢٩٨.

^(٤) شرح منتهى الإرادات ج٢ ص٢١٨ ، كشف القناع ج٢ ص٢٩٨، المقنع ص١١٣ ، المفتى ج٤ ص٣١٨.

المتعاقدين في تقديره عند الوفاء^(١)، وفي هذا يقول العلامة الخرشي:
يشترط في صحة السلم أن يكون مضبوطا بعادة بلد العقد ، من كيل فيما
يكال كالحنطة ، أو وزن كاللحم ونحوه، أو عدد كالرمان والتفاح في بعض
البلاد^(٢).

وبيان مقدار المسلم فيه بهذه الصورة إنما يجري في المثليات التي تخضع
أنواعها للوحدات القياسية العرفية ، وهي الوزن أو الحجم أو الطول أو
العد . أما إذا كان المسلم فيه من القيميات التي تختلف آحادها وتتفاوت
أفرادها بحيث لا تقبل للتقدير بتلك الوحدات القياسية ، وإن كانت صفاتها
قليلة للانضباط فعندئذ يجوز السلم فيها بشرط بيان صفاتها التي تتفاوت
فيها الرغبات ويختلف الثمن بتفاوتها اختلافا ظاهرا^(٣).

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر ، وقد ينتهي الحال فيها إلى
أمر يتعذر معه تسليم المسلم فيه.
إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء
بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها غالبا وتختلف الأغراض
بسببها^(٤).

٣- أن يحون المسلم فيه مؤجلا.

اشترط جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة لصحة السلم أن
يكون المسلم فيه مؤجلا فلا يصح السلم الحال^(٥)، واستدلوا على ذلك
بالمنة والمعقول.

(١) الحاج والأكليل للمواق إمامش مواهب الجليل ج٤ ص٥٣٠.

(٢) شرح الخرشي ج٥ ص٢١٧.

(٣) الموسوعة الفقهية ج٥ ص٢٧٢-٢٧١.

(٤) شرح الخرشي ج٥ ص٢١٣، مواهب الجليل ج٤ ص٥٣١، الفتي لابن قدامة ج٤ ص٣١١.

(٥) بدائع الصانع ج٧ ص٣١٧، ود اختار ج٤ ص٢٢٨ الشرح الكبير وحاشية الموقى عليه ج٥ ص٢٠٥.

٢٠٥ ، للفتاوى للمهدات ج٢ ص٥١٥ ، الفتي لابن قدامة ج٤ ص٢٢١.

أما السنة : فما رواه الشيخان البخارى ومسلم بسندهما عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قدم الرسول -ﷺ- المدينة والناس يسلفون فى التمر المستنين والثلاث فقال عليه الصلاة والسلام : " من اسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ^(١) .

وجه الدلالة : أن النبى -ﷺ- أمر بالسلف إلى أجل معلوم ، والأمر للوجوب ، فكان الأجل المعلوم واجبا فى عقد السلم ، وشرط من شروطه ، فلا يصح بدونه .

أما المعقول ، فإن السلم شرع رخصة للرفق بالناس ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فإذا قتنى الأجل قتنى الرفق .

وذهب فقهاء الشافعية فى المعتمد عندهم إلى أن الأجل ليس بشرط فى صحة السلم ، فيجوز السلم الحال كما هو جائز مؤجلا . واستدلوا بقياس السلم الحال على السلم المؤجل فى الصحة ، فإذا جاز السلم مؤجلا ، فهو حالا أولى وأحرى بالجواز لأنه أبعد عن الغرر ^(٢) .

أجل مدة الأجل فى السلم .

اختلقت آراء الفقهاء فى تحديد الأجل الأقصى الذى لا يصح السلم بأقل منه . فعند الأحناف ، قيل إن أقله نصف يوم ، وقيل إن أقله ثلاثة أيام وقيل شهرا . وفى هذا يقوم العلامة الكاسانى : " ذكر للكرخسى أن تقدير الأجل إلى العاقدين ، حتى لو قدرنا نصف يوم جائز . وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار للشرط . وهذا القياس غير سديد لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر الثلاث أكثر المدة على أصل أبى حنيفة فلا يستقيم القياس . وروى عن محمد أنه قدر بالشهر وهو الصحيح . لأن الأجل إنما شرط فى السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب فى المدة

(١) سبق تخريجه .

(٢) نهاية المحتاج ج٢ ص ١٩٠ ، فتح العزيز شرح الوجيز ج٩ ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه . فأما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول^(١).

وحسب المالكية، في المشهور عندهم إلى أن أقله ما تختلف فيه الأسواق كالخمس عشرة يوما ونحوها ، وهو قول ابن القاسم وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ، وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد^(٢).

ومحمد الحنابلة ، أقل الأجل أن يكون لمدة لها وقع في الثمن عادة كالأشهر وما قربه ، لأن الأجل إنما اعتبر لتحقيق الرفق الذي من أجله شرع السلم، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا أثر لها في السلم^(٣).
يجب أن يكون الأجل معلوما.

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة السلم أن يكون الأجل الذي يوفى فيه المسلم فيه معلوما ، واستدلوا بقوله - (من أسلف في ثمر فلنيسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم) ، فقد أوجب - أن يكون المسلم فيه موزنا بلأجل معلوم^(٤). فإن كان الأجل مجهولا فالسلم فاسد ، سواء كانت الجهالة متفاحشة أم متقاربة ، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة ، ولأن جهالة الأجل مفسدة للعقد كجهالة للقر^(٥).

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣١٧.

(٢) شرح الخرشي ج٥ ص ٢١١ ، القلمعات المهدات ج٢ ص ١٧٥ قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٨١ - ٢٨٢.

(٣) للمنفى لابن قدامة ج٤ ص ٢٢٢ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢١٨ كشف القناع عن من الإقذع ج٢ ص ٢٩٩.

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣١٧ ، شرح الخرشي ج٥ ص ٢١٠ فتح العزيز ج٩ ص ٢٣١ ، غاية المحتاج ج٤ ص ١٩٠ ، للمنفى لابن قدامة ج٤ ص ٣٢١ ، للنعج ص ١١٣.

(٥) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣١٧.

- ٤- أن يكون المسلم فيه مقدور التخليع بمحض محله.
- ومقتضى ذلك أن يكون المسلم فيه مما يخلب وجوده عند حلول الأجل . وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ، وذلك لأن المسلم فيه واجب التسليم عند حلول الأجل ، فلا بد أن يكون تسليمه مقدورا حينذاك ، وإلا كان من الغرر الممنوع^(١).
- ولذلك لا يجوز أن يسلم في شيء يتعذر وجوده عند حلول الأجل كالتمر والفاكهة في غير لوقيتها^(٢).
- أما وجود المسلم فيه عند العقد فليس شرطا لصحة السلم عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، فيجوز السلم في المدوم وقت العقد وفيما ينقطع من أيدي الناس قبل حلول الأجل^(٣).
- واستدلوا على ذلك : بأن النبي - ﷺ - ، لم يشترط وجود المسلم فيه عند العقد ، ولو كان شرطا لذكره وخالف الأحناف في ذلك وقالوا بعدم صحة السلم إلا فيما هو موجود في الأسواق من وقت العقد إلى محل الأجل دون انقطاع . واستدلوا : بأن الأجل يبطل بموت المسلم إليه ، ويجب أخذ المسلم فيه من تركته فأشترط لذلك دوام وجود المسلم فيه لتدوم القدرة على تسليمه ، إذ لو لم يشترط هذا الشرط ، ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل فربما يتعذر تسليم المسلم فيه ، فيؤول ذلك إلى الغرر^(٤).
- ٥- أن يكون مكان إبقاء المسلم فيه معينا.
- وهذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء .

(١) شرح الخريص ، ج ٥ ص ٢١٨ ، فتح العزيز ج ٩ ص ٢٤١ ، روضة الطالبين ج ٤ ص ١١ كتاب الفاع ج ٣ ص ٣٠٢ ، القنع ص ١١٤ .

(٢) على أحد مرعي ود/ الرمي عبد العزيز السامح ، المرجع السابق ص ٣٠٨ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢١١ ، المقدمات المهنتات ج ٢ ص ٥١٢ ، فتح العزيز ج ٩ ص ٢٤٥ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٢٩ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٧٩ ، الدر المختار وحاشيته در المختار ج ٥ ص ٢٢٠ .

فَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ : لَا يَشْتَرُطُ بَيَانُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْلِمِ فِيهِ حَمْلٌ وَمَوْئِنَةٌ ، بَحِيْثٌ لَا يَحْتَاجُ نَقْلَهُ إِلَى كَلْفَةٍ وَسِيْلَةٍ نَقْلٍ وَأَجْرَةٍ حَمَلٍ^(١) ، أَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ أَجْرَةٌ حَمْلٌ وَمَوْئِنَةٌ ، فَقَدْ اِخْتَلَفَ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ مَعَ صَاحِبِيهِ فِي اشْتِرَاطِ تَعْيِيْنِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ . فَقَالَ الْإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ : يَشْتَرُطُ بَيَانُ مَكَانِ إِيْفَاءِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، لِأَنَّ التَّسْلِيْمَ غَيْرُ وَاجِبٍ فِي الْحَالِ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ مَوْضَعًا لِلتَّسْلِيْمِ ، فَإِذَا لَمْ يَتَعَيَّنْ بَقِيَ مَجْهُولًا جِهَالَةً مَفْضِيَةً إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِاخْتِلَافِ الْقِيَمِ بِاخْتِلَافِ الْأَمْكُنِ فَلَا يَدُ مِنَ الْبَيَانِ دَفْعًا لِلْمُنَازَعَةِ ، وَصَارَ كَجِهَالَةِ الصِّفَةِ .

وَقَالَ الصَّاحِبَانِ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْيِيْنِهِ وَيُسْلَمُهُ فِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ ، لِأَنَّ مَكَانَهُ مَوْضِعُ الْاِتِّزَامِ فَيَتَعَيَّنُ لِإِيْفَاءِ مَا التَّزَمَ بِهِ فِي نَمَتِهِ ، كَمَوْضِعِ الْأَسْتِقْرَاضِ وَالِاسْتِهْلَاكِ ، وَكَبَيْعِ الْحَنْطَةِ بِعَوْنِهَا^(٢) .

وَحَاسِبُ يَقْضَاءِ الْمَالْحِيَةِ ، إِلَى أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ تَعْيِيْنُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ وَلَكِنَّهُ يَفْضَلُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْينَا فِي الْعَقْدِ مَكَانًا ، فَمَكَانُ الْعَقْدِ ، وَإِنْ عَيَّنَاهُ تَعَيَّنَ^(٣) .

وَحَاسِبُ يَقْضَاءِ الْخَاطِئَةِ ، فِي الْمَعْتَدِ عَنْهُمْ ، إِلَى أَنَّهُ يَشْتَرُطُ لَصَحَّةِ السَّلْمِ بَيَانُ مَكَانِ تَسْلِيْمِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، إِذَا كَانَ مَوْضِعُ الْعَقْدِ لَا يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيْمِ كَالصَّحْرَاءِ ، وَكَانَ لِحَمْلِهِ مَوْئِنَةٌ ، وَذَلِكَ لِاخْتِلَافِ الْأَثْمَانِ بِاخْتِلَافِ الْأَمْكُنَةِ ، كَالصِّفَاتِ الَّتِي يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلَافِهَا . فَإِنْ كَانَ مَكَانُ الْعَقْدِ يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيْمِ وَلَمْ يَكُنْ لِحَمْلِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مَوْئِنَةٌ فَلَا يَشْتَرُطُ ذَلِكَ ، وَيَتَعَيَّنُ مَكَانُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيْمِ بِدَلَالَةِ الْعَرَفِ . وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مُؤْجَلًا ، أَمَّا السَّلْمُ الْحَالِ فَلَا يَشْتَرُطُ فِيهِ تَعْيِيْنُ مَكَانِ الْوَفَاءِ ، وَيَتَعَيَّنُ مَوْضِعُ الْعَقْدِ لِلتَّسْلِيْمِ^(٤)

^(١) الدر المختار ورد المختار ج٤ ص٢٢٩ .

^(٢) بدائع الصنائع ج٧ ص٣١٧٦ ، رد المختار ج٤ ص٢٢٩ .

^(٣) قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٨٢ .

^(٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين ج٤ ص ١٢-١٣ ، فتح البزير شرح الوجيز ج٩ ص ٢٥١ وما بعدها .

ومحذ الحنابلة : لا يشترط ذكر مكان الإيفاء ، واستدلوا بأن النبي ﷺ ، لم يذكره في الحديث الدال على صحة السلم فدل على أنه لا يشترط فيه .
ولأن السلم عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء ، كيبسوع الأعيان . إلا أنه إذا كان موضع العقد لا يمكن للوفاء فيه ، كالبرية والبحر ونحو ذلك ، فإنه يشترط بيان مكان التسليم لتعذر الوفاء فني موضع العقد ، حيث يكون محل التسليم في هذه الحالة مجهولا ، فيشترط تعيينه بالقول كالأجل^(١) .

٣٦٦ - شروط رأس مال السلم (الثمن) .

يشترط الفقهاء في رأس مال السلم توافر شرطين :

١- أن يكون معلوما

اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون رأس مال السلم معلوما .

وذلك لأنه بدل في عقد معاوضة مالية ، فلا بد من كونه معلوما كسائر عقود المعاوضات^(٢) .

فإذا كان رأس المال حاضرا ، فيكفي رؤيته والإشارة إليه لرفع الجهالة عنه وتحقيق العلم به ، سواء أكلن مثليا أم قيميا ، ولا يشترط ذكر قدره أو صفاته ، وذلك عند المالكية والصاحبان من الحنفية والشافعية ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة^(٣) . وذهب الحنابلة على المعتمد عندهم ، والشافعي في قول ، إلى أنه يجب ذكر مقداره وصفاته لتحقيق العلم به ، ولا يصح السلم إلا ببياتها^(٤) .

(١) المغني لابن قدامة ج٤ ص ٣٣ ، كشف القناع ج٣ ص ٦-٣ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢٢١ ، الفقه ص ١١٤ .

(٢) للوسوعة الفقهية ج٥ ٢٥-١٥ ص ٢٠١ .

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣١٢٩ ، رد المحتار ج٤ ص ٢٢٨ ، مواهب الجليل والناج والاكليد ج٤ ص ٥١٦ ، نهاية المحتاج ج٤ ص ١٨٧ ، المغني لابن قدامة ج٤ ص ٣٣٠ .

(٤) المهلب للشيرازي ج١ ص ٣٠٧ ، المغني لابن قدامة ج٤ ص ٣٣٠ ، شرح منتهى الإرادات ج٢ ص ٢٢١ .

وذهب الإمام أبى حنيفة إلى أنه لا يشترط ذكر صفات رأس المال السلم سواء أكان مثليا أم قيميا ، لأن المشاهدة تكفى فى رفع الجهالة عن الأوصاف . أما قدره فهناك فرق بين ما إذا كان رأس المال مثليا - كالمكيلات والموزونات والذريعات والعديلات المتقاربة - فإنه يجب بيان قدره ولا تكفى المشاهدة ، وما إذا كان قيميا . فإنه لا يشترط بيان قدره وتكفى الإشارة إليه ^(١) .

٢- تسليم رأس المال فى مجلس العقد .

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ، إلى أنه يشترط لصحة السلم تسليم رأس ماله فى مجلس العقد ، فلو تفرقا قبله بطل العقد ^(٢) .

وخالف فى ذلك المالكية فقلوا بجواز تأخير يومين والثلاثة بشرط وبغير شرط ، لأن التأخير اليسير فى حكم التعجيل فيكون معفوا عنه ^(٣) .

٣٦٧- إيفاء المسلم فيه (تسليمه فى الأجل)

اتفق الفقهاء على أنه إذا حل أجل السلم المتفق عليه فى العقد ، وجب على المسلم إليه إيفاء الدين المسلم فيه ، فإن جاء به وفق للصفات المشروطة المبينة فى العقد ، وجب على المسلم قبوله ^(٤) ، وذلك لأنه أتاه بحقه فى محله فلزمه قبوله ، كالمبيع المعين ، سواء كان عليه فى قبضه ضرر أم لم يكن ^(٥) . فإن أبى قيل له ، إما أن تقبض حقه ، وإما أن تبرئ منه ، فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليه للمسلم وبرئت ذمته منه ، لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته ^(٦) .

^(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٤٩ ، رد المحتار ج ٤ ص ٢٢٨ .

^(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٥١ ، ملف افتاح ج ٢ ص ١٠٦ ، شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٢٠ ،

كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٨ .

^(٣) القدمات المهمات ج ٢ ص ٥١٦ ، شرح الخرش ج ٥ ص ٢٠٢-٢٠٣ .

^(٤) روضة الطالبين ج ٤ ص ٣٠-٣١ .

^(٥) الموسوعة الفقهية الجزء الخامس والعشرون ص ٣٢١ .

^(٦) للمنفق لابن قدامة ج ٤ ص ٣٣٩ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٨ .

أما إن جاء المسلم إليه بالمسلم فيه مخالفا للصفات المبينة في العقد ، فهنا يختلف الحكم .

٣٦٨ - حكم وصف السلعة المراد بيعها بما لا يتفق مع حقيقتها .
قد يبالغ البائع في وصف سلعته ، فيذكر أوصافا ليست فيها ، والمبالغة في وصف السلعة قد تكون باللفظ عن طريق تعداد محاسنها وإظهار مزاياها عند الإعلان عنها بوسائل الإعلان المسموعة ، وقد تكون المبالغة في الوصف بالصورة ، كاستخدام المعن لألوان وإضاءة معينة ، أو أشخاص تتوافر فيهم بعض الخصائص الجسدية ليصفون لمشاهديهم عبر وسائل الإعلان المرئية مميزات البضاعة ومحاسنها .

فإذا كانت المبالغة في وصف السلعة تؤدي إلى الغرر ، فإنها تكون محرمة ، لأن الغرر منهي عنه شرعا لما فيه من أكل المال بالباطل ، ولما يسببه من عداوة وبغضاء بين الناس .

ولذلك اشترط فقهاء الملكية لإجادة بيع العين للغائب على الصفة ، حصر الأوصاف المقصودة كلها ، فإن خرج المبيع على حسب الصفة لزم البيع ، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار ^(١) .

ولما كان من اللازم صدق الوصف في المبيع الغائب ، فيقاس عليه وجوب صدق الوصف في الإعلان عن المبيع ، فإن لم يكن هذا الوصف صحيحا ، أصبح الإعلان من باب التغرير بالمشتري ^(٢) .

إن التغرير قد يكون بالتوصيف ، ومن ذلك وصف البائع للمبيع على غير حقيقته ، فيصفه مثلا بأنه من نوع جيد ، بينما هو من نوع ردي ، ومن ذلك

^(١) حاشية النسوي ج ٣ ص ٢٦ ، مواهب الجليل والناج الإكليل ج ٤ ص ٢٩٦ بلغة السالك والشرح الصغرى

ج ٢ ص ٣٦٥ ، شرح الخرش ج ٥ ص ٣٣ .

^(٢) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، مسائل في الفقه ، (حكم وصف البضاعة المراد بيعها بما لا يتفق مع حقيقتها) ،

لـ ٥٩ ص ٢٣٩ السنة السادسة ، العدد الحادي والمئرون ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

استعانة البائع بشخص يصفون المبيع على غير حقيقته ، أو استشهاده بهم لتصديقه فيما يصف ، ويدخل في ذلك ما يرد في بعض الإعلانات عن البضائع من وصف لمنافعها بما لا يتفق مع طبيعتها ^(١) .

والعلة في تحريم التفرير ما يلحق المشتري بسببه من غبن في ماله ، مما يعد أكلا له بالباطل ، وهو محرم بقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل) ^(٢) .

وإذا كان وصف المبيع على غير حقيقته يعد من باب التفرير المحرم ، فإن المبالغة في وصف السلعة على غير حقيقتها بالقول أو الرسم مما يدفع المشتري إلى شرائها يعتبر كذلك من باب الغرر . فإن كان هذا الغرر يسيرا ، أي أن البضاعة لم تكن رديئة أو معيبة بالمعنى المعروف فقها ، فليس من حق المشتري ردها ، إذ تنتقي علة التحريم إذا كان الغرر يسيرا ، بحيث تدعو الحاجة إلى ارتكابه ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ^(٣) . أما إن كان الغرر فاحشا ، كما لو كانت البضاعة فاسدة أو معيبة على نحو يخالف وصفها مخالفة واضحة ، فمن حق المشتري ردها ^(٤) .

٣٦٩ - مؤنة ومصاريفه رد المبيع .

إذا وجد المشتري المبيع عند التسليم مخالفا للأوصاف التي أعلن عنها البائع عند التعاقد ، فإنه يثبت للمشتري الحق في الخيار بين إمضاء البيع أو فسخه ورد المبيع واسترداد الثمن .

^(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، المرجع السابق لسنة ٥٩٠ من ٢٤٠ .

^(٢) سورة النساء ، الآية رقم (٢٩) .

^(٣) مواهب الجليل والناج والإكلیل ج ٤ ص ٢٦٥ ، المقدمات المهلهلة ج ٢ ص ٥٥٠-٥٥٣ ، قوانين الأحكام

الشريعة ص ٢٦٨-٢٦٩ .

^(٤) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، المرجع السابق لسنة ٥٩٠ من ٢٤٠ .

فإذا اختار المشتري فسخ البيع ورد المبيع ، فإنه يتحمل مؤنة ومصاريف الرد . وفي هذا يقول العلامة ابن عابدين : " ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشتري " (١) .

٣٧٠ - رؤية المصلحة بواسطة المرأة . أو رؤية صورتها الفوتوغرافية . ذهب فقهاء الأحناف إلى القول بأنه إذا رأى المشتري المبيع في المرأة فلا يسقط خياره ، وعطلوا ذلك بأن المشتري لم ير عين المبيع بل مثاله (٢) . ولأن رؤية المبيع في المرأة لا يحصل بها العلم بهيئته ، ولذلك يثبت للمشتري الخيار (٣) .

ومن ثم لا تكفي رؤية المبيع في المرأة لتحقيق العلم به ، لأنها تكون بانعكاس الشعاع (٤) .

ويلحق بذلك رؤية صورة الشيء الفوتوغرافية ، لأنه أضبه شيء بالمرأة ، فضلا عن احتمال التغير ما بين رؤية الصورة ورؤية الحقيقة (٥) .

ومن ثم لا تكفي رؤية المبيع في المرأة أو رؤية صورتها الفوتوغرافية ، لتحقيق العلم التام لدى المشتري بحقيقة المبيع ، وإنما يلزم بالإضافة إلى رؤية صورة المبيع ، أن يذكر البائع للمشتري أوصافه التي تختلف بينها الأغراض ، ويختلف الثمن باختلافها ، وذلك بأن يبين جنس المبيع ونوعه وصفته ودرجة جودته ومقداره ، وسائر الأوصاف اللازم توافرها لرفع الغرر ومنع المنازعة عند التسليم ، وبذلك يصح بيع السلم .

(١) رد المحتار لابن عابدين ج ٤ ص ٩٨ ، وانظر أيضا : روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ج ٣ ص ٣٧٢ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٤٤ ، رد المحتار ج ٤ ص ١٠٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٦٨ .

(٤) البحر الرخا ج ٤ ص ٣٥٢ .

(٥) الموسوعة الفقهية ج ٢٠ ف ١٠ ص ٦٧ ، د/ عبد الستار عبد الكريم أبو غدة ، الخيارات وأثرها في الصفقات الرسالة السابقة ص ٣٩٢ .

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي

٣٧١ - يتضح مما تقدم أنه ،

وفقا للقواعد العامة في القانون المدني فإن طريقة عرض السلع للبيع وبيان أوصافها عبر التليفزيون و وسائل الاتصال الحديثة ، تشمل على الإعلان عنها لجذب المستهلك ونفذه إلى الشراء ، و الإعلام بأوصافها حتى يتحقق المشتري من حقيقة ما هو مقدم على شرائه . وهذه الطريقة أبرزتها عوامل التقدم الاقتصادي والتكنولوجي المعاصر .

ويمكن مقابلتها في الفقه الإسلامي بحالة وصف المبيع في بيع السلم ، مع الإعلان المشروع عنه ، غير أن الإعلان عن المبيعات في الفقه الإسلامي يجب أن يراعى فيه مقاصد الشريعة الغراء ، بأن يتعد عن المصدق المفرط أو الثناء المجرد الهادف إلى جذب المشتري للشراء ، وأن يكون المعن صادقا فيما أعلنه عن المبيع من بيانات وأوصاف ، ويحيط يجب أن يكون الإعلان عن السلع والمنتجات مطابقا لحقيقتها ، بما ينأى به عن التزوير والغش المحرم ، وألا يتخذ المعن من الإعلان وسيلة للإضرار بغيره من التجار وطم بضاعتهم .

وإذا كان البائع يلتزم - وفقا للقانون المدني - بإعلام المشتري بحقيقة المبيع المعروض عبر التليفزيون ، وذلك ببيان أوصافه و ثمنه وطريقة استخدامه وسعر الشحن وغيرها من البيانات الهامة .

فإنه في الفقه الإسلامي أيضا يجب العلم بالمبيع المسلم فيه ، ويتم ذلك عن طريق قيام البائع بذكر أوصافه التي تختلف بها أغراض الناس ويختلف الثمن باختلافها ، وذلك بأن يبين جنس المبيع ونوعه وصفته ودرجة جودته وحدائمه وقدمه ، وأن يبين مقداره حسب طبيعة المبيع بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وذلك لرفع الجهالة ومنع المنازعة عند التسليم ، وبذلك يتطلب الفقه الإسلامي في

الوصف أن يكون كافيا لرفع الجهالة ومنع المنازعة عند تسليم المبيع . وذلك بخلاف وصف المبيع عبر التلفزيون في القاتون المدني ، والذي يتسم بالنقصان وعدم كفاية .

في القاتون المدني، يعتبر عرض المبيع وبيان أوصافه وثمنه عبر البرنامج التلفزيوني ، إيجاب تعاقدي حقيقي ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق من قبل المستهلك متلقى للبرنامج ، حيث يتعهد مقدم البرنامج بتسليم المبيع حسب هذه المواصفات ، ويتم دفع الثمن في الغالب مقدما عند طلب السلعة بالتلفزيون أثناء العرض التلفزيوني وقد يتم الوفاء بالثمن عند تسلم المبيع .

وفي الفقه الإسلامي ، يتم العقد بالاتفاق على المبيع (المسلم فيه) والذي يجب أن يكون ديناً موجلاً موصوفاً في الذمة ويجب أن يكون البائع قادراً على تسليمه عند حلول الأجل ، والثمن (رأس مال السلم) يجب أن يكون معطوماً ، ويجب الوفاء به في مجلس العقد عند جمهور الفقهاء ، بينما يرى فقهاء المالكية جواز التأخير اليسير في الوفاء به .

وفي القاتون المدني ، يجب أن يكون المبيع مطابقاً للأوصاف المعطى عنها ، وإلا ثبت للمشتري الحق في رده إلى البائع واستبداله بآخر مطابق ، أو رده واسترداد الثمن .

وهو المعروف بالحق في إعادة النظر في المبيع بواسطة التلفزيون والمقرر بنص المادة الأولى من تشريع ٦ يناير ١٩٨٨ م ، والمادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، وهو حق قانوني من النظام العام، يترك تقدير ممارسته لمطلق إرادة المشتري خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع ، على أن يتحمل المشتري وحده نفقات ومصاريف الرد.

وفي الفقه الإسلامي ، يجب أن يكون المبيع (المسلم فيه) مطابقاً للأوصاف المعطى عنها والمبينة في العقد ، وإلا ثبت للمشتري الحق في الخيار

بين إمضاء العقد أو فسخه ورد المبيع ، على أن يتحمل المشتري مؤنه ومصاريه الرد .

وفي القانون المدني ، رؤية صورة المبيع وحدها عبر العرض التليفزيوني، دون ذكر أوصافه وبيئته لا تكفي لتحقيق العلم بالمبيع ، لأن الصورة عابرة وجذابة ، فلا تدل وحدها على حقيقة المبيع .

وفي الفقه الإسلامي أيضا لا تكفي رؤية السلعة في المرأة ، أو رؤية صورتها الفوتوغرافية في تحقيق العلم بالتلم بالمبيع بل يجب ذكر أوصافه كذلك ، وإلا ثبت للمشتري الحق في الخيار .

ونستخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامي كان أكثر حرصا على تحقيق العلم الكافي بالمبيع ، فأوجب مراعاة مقاصد الشريعة الغراء في الإعلان عن المبيعات، واستلزم أن تكون الأوصاف المعطاة عنها صحيحة ومطابقة لحقيقة الشيء المراد بيعه ، وبذلك ترتفع الجهالة عن المبيع ، وتمتنع المنازعة عند التسليم ، ويتحقق استقرار المعاملات .

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه قد وصلت إلى نهاية هذا البحث المتواضع لموضوع :
(أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة) .
وقد تناولته في صورة دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي .
ومن خلال دراستي لهذا الموضوع وصلت إلى نتائج وتوصيات ، أوجزها فيما
يلى :

أولاً : نتائج البحث :

١- المبيع وفقاً للتصور القانوني هو حق الملكية أو أى حق مالى آخر وليس
هو الشيء ذاته . وهذا الحق لا تنتقل ملكيته مباشرة إلى المشتري بالعقد
بل تنتقل عن طريق تنفيذ الالتزام الذى يرتبه العقد على البائع بنقل ملكية
المبيع إلى المشتري ، على أن المالك إذا كان المبيع هو حق الملكية
لشيء مالى أن ينعت هذا الشيء بأنه المبيع دون أن يذكر حق الملكية ،
فيقال بيع الدار وبيع السيارة ولا يقال بيع حق الملكية على الدار أو
السيارة .

والفقه الإسلامى يرى أن المبيع عبارة عن ذات معينة (عين أو مال غير
نقدى) ، أى شيء من الأشياء يرد عليه عقد البيع فتنتقل ملكيته بمجرد
العقد .

٢- يمكن تعريف العلم الكافى بالمبيع بأنه : حق المشتري فى معرفة حقيقة
المبيع ذاتاً وصفاتاً وكافة للبيانات الضرورية واللائمة لحسن الانتفاع به
وتجنب أضراره على الوجه الذى يناسبه بحيث يكون هذا العلم أساساً للرضا
الذى يصدر من المشتري .

ويتضح من هذا التعريف جوهر وخصائص نظام العلم الكافى بالمبيع ، وأنه
يحتوى مجموعة من العناصر ، هى :

- إن العلم الكافي بالمبيع حق مقرر للمشتري بنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، ويجب على البائع أن يمكنه من هذا الحق بالإدلاء له بالبيانات والأوصاف التى توضح حقيقة المبيع ، إذا استحال على المشتري معرفتها أو الاستعلام عنها بوسائله الخاصة . وبذلك يجمع نظام العلم الكافى بين خالصتى الحق والالتزام .

- إن مضمون العلم الكافى يشتمل على البيانات والمعلومات الصريحة ، التى توضح حقيقة المبيع ذاتاً وصفاً ، وتبين طريقة استخدامه وتحذر من أخطاره .

- إن العلم الكافى بالمبيع يمكن أن يتحقق بكافة الوسائل المشروعة التى تناسب طبيعة الشئ المبيع .

- إن العلم الكافى بالمبيع يحقق الرضاء التام بالتعاقد .

٣- يحقق العلم الكافى بالمبيع العديد من الفوائد الهامة من الناحيتين : المادية والأخلاقية .

فمن الناحية المادية : يضمن صحة وسلامة رضاء المشتري ويحقق التوازن بين الطرفين فى المراكز العقدية من خلال المساواة بينهما فى العلم والمعرفة . ويضمن سلامة المستهلك المادية والجسدية ، حصوله على المعلومات التى تمكنه من حسن الانتفاع بالمبيع وتجنبه أضراره .

ومن الناحية الأخلاقية : يفيد فى إدخال القواعد الخلقية فى نطاق الالتزامات القانونية ، حيث يوجب مراعاة مبدأ حسن النية فى إبرام العقد وفى تنفيذه . ويستلزم قيام تعاون بين الطرفين على أساس الصدق والأمانة ويبرز هذا الجانب بدرجة كبيرة فى الفقه الإسلامى ، حيث تفرض الشريعة الإسلامية على المتعاقد مراعاة مبادئ الدين القويم ، كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والصدق والأمانة والتعاون على الخير والتناصح

وتجنب الغش والتدليس والكذب والخيانة . الأمر الذى يساعد على تطهير المعاملات وتنمية روابط الألفة والمحبة بين المسلمين .

٤- يتميز العلم الكافى بالمبيع عن نظام تعيين المبيع ، حيث يقصد بتعيين المبيع : بيان أوصافه المميزة له عن غيره ، وتقديره بالكيل أو الوزن أو العدد أو المقاس . بينما العلم الكافى بالمبيع هو : حق المشتري فى معرفة حقيقة المبيع ، والوقوف على مدى ملائمته لحاجته من الشراء . فالعلم بالمبيع أنق فى مضمونة من مجرد تعيينه ، إذ العلم بالمبيع يتضمن بالضرورة تعيينه والعكس غير صحيح .

٥- يتفق الفانون المدني والفقہ الإسلامى من حيث الجملة ، فى البيانات والمعلومات التى يجب معرفة المشتري بها ولتى تمثل مضمون العلم الكافى بالمبيع . وهى :

- بيان الوضع القانونى للشئ المبيع وما إذا كان خاليا من أية تكاليف وأعباء أو حقوق شخصية أو عينية للغير أو محملا بها .
- بيان الوضع المادى والأوصاف الأساسية للشئ المبيع ، من حيث معرفة مكوناته وتركيبته وأجزائه الداخلية ، وما قد يكون مصابا به من عيوب لها تأثير على قيمة المبيع أو منفعة .
- بيان طريقة استخدام المبيع ، والتحذير من أخطاره ، والتنبيه إلى الاحتياطات التى يجب مراعاتها لتجنب أضراره .

٦- طبيعة العلم الكافى بالمبيع هى : أنه نظام قانونى خاص بعقد البيع طبقا لنص المادة ١٩٩ منى مصرى . يستقل هذا النظام عن أحكام تعيين المبيع ونظرية عيوب الرضاء . ويقرر حقا للمشتري فى العلم الكافى بالمبيع والقراما على عائق الباع بإعلام المشتري ببيانات المبيع وأوصافه ، عندما لا يستطيع هذا الأخير الاستعلام عنها ومعرفتها بوسائله الخاصة .

وقد اختلفت الفقه والفضاء حول طبيعة التزام البائع بالإعلام ، ورجحنا أنه التزام بتحقيق نتيجة وهي : الإدلاء للمشتري بالبيانات والمعلومات الصحيحة والمطابقة لحقيقة الشيء المبيع قبل إبرام العقد وأيضاً أثناء تنفيذه ، حتى يتحقق الغرض منه .

ويرى الفقه الإسلامي أنه التزام بتحقيق نتيجة يجب على البائع تنفيذه قبل إبرام العقد ، وإلا كان عاصياً أثماً ، ويضمن الأضرار المترتبة على ذلك .

٧- المشتري هو الدائن بالحق في العلم الكافي بالمبيع طبقاً لنص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، ويثبت هذا الحق أيضاً لئائب المشتري كالأولى والوكيل ، ولا يثبت لرَسُولِ الْمُشْتَرَى .

والبائع هو المدين بالالتزام بالإعلام ، سواء أكلن صانعاً منتجاً ، أم موزعاً أم مجرد بائع عرضي وفي هذا يتفق القانون المدنى والفقه الإسلامى . إلا أن الفقه الإسلامى يتميز بأنه قرر الالتزام بالإعلام على عاتق كل من يطم بأوصاف المبيع وعيوبه ، ولو كان أجنبياً عن العقد ، وذلك تنفيذاً لواجب التعاون والتناصح بين المسلمين .

٨- يقوم حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع على أساس نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، وهو ما يجمع عليه شراح القانون . إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذى يقوم عليه التزام البائع بالإعلام ، وتعددت اتجاهاتهم بين إقامته على نصوص تشريعية ، أو جعله تابعاً لالتزامات العقد الأصلية ، أو تأسيسه على المبادئ العامة فى القانون . ورجحنا تأسيسه على نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى ، والمادة (٤٦٨) مدنى كويتى ، والنصوص الخاصة بحماية وإعلام المستهلك فى القانون الفرنسى .

ويقوم نظام العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى على أسس تشريعية راسخة تتمثل فى الأئمة النقلية من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، فضلاً عن مبادئ الشريعة الغراء وقواعدها العامة ، التى تقرر للمشتري الحق فى

العلم الكافي بالمبيع ، وتوجب على البائع إعلام المشتري بعيوب المبيع وصفاته .

٩- يشترط لتقرير الحق للمشتري في العلم الكافي بالمبيع ، وفرض الالتزام على عاتق البائع بالإعلام ما يلي :

أ - أن يكون المشتري جاهلاً ببيانات وأوصاف المبيع ، ويستحيل عليه الاستعلام عنها بوسائله الخاصة .

ب- أن يكون البائع عالماً ببيانات وأوصاف المبيع ، ويمد تأثيرها على رضاء المشتري بالتعاقد ، أو في استطاعته الاستعلام عنها وإعلام المشتري بها . وفي هذا يتفق القانون المدني والفقه الإسلامي .

١٠- تعدد الوسائل التي يتحقق بها العلم الكافي بالمبيع في القانون المدني والفقه الإسلامي ، فقد يقوم المشتري بنفسه برؤية المبيع ومعاينته ، إذا مكّنه البائع من ذلك . وقد يقوم البائع بوصف المبيع وإعلام المشتري به شفويًا أو كتابيًا . وقد يستخدم في ذلك وسائل اقتصادية كعرض أوصاف السلع والمنتجات وذكر بياناتها في كتالوجات يرسلها إلى المستهلكين ، أو تقديم عينات مادية من السلع تمكنهم من التعرف على أوصافها ، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالبيع بالبرنلج والبيع بالأنموذج .

وقد يستخدم البائع وسائل التقنية الحديثة في وصف المبيعات وإعلام المستهلكين بها ، عن طريق بث برامج عبر الإذاعة والتلفزيون لعرض أوصاف المبيعات ، أو استخدام الحاسب الآلي ، وشبكة المعلومات العالمية الإنترنت ، في عرض بيانات ومعلومات عن السلع والمنتجات . وهي لا تخرج عن كونها صوراً للبيع بالوصف في الفقه الإسلامي . ويمكن استخدام أية وسيلة مشروعة أخرى يكشف عنها التقدم الحديث ، أو استخدام أكثر من وسيلة .

فلمست العبرة بالوسيلة التي يتحقق بها العلم بالمبيع ، وإما العبرة بتحقيق العلم الكلفي ذاته .

١١- القابلية للإبطال هي جزاء عدم تحقق العلم الكافي بالمبيع في القاتون المدني وفقاً لنص المادة (٤١٩) منى مصرى ، ويتقرر الحق في طلب الإبطال لحماية مصلحة المشتري الخاصة ، والعقد رغم قبليته للإبطال يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلى أن يقضى ببطلانه ، ويستطيع المشتري إسقاط حقه في طلب الإبطال بإجازه العقد .

وفى الفقه الإسلامى يثبت للمشتري خيار الرؤية بحكم الشرع إذا اشترى ما لم يره ، ويكون العقد مع الخيار صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلى أن يفسخه من تقرر الخيار لمصلحته ، ويجوز له إسقاط حقه في الخيار بإمضاء العقد وإجازه . وبطلان العقد فى القاتون المدني لا يتم إلا باتفاق الطرفين عليه أو صدور حكم به من القضاء . بخلاف الحال فى الفقه الإسلامى حيث يستطيع المشتري استعمال حقه فى الخيار وفسخ العقد بنفسه دون توقف على رضا الطرف الآخر أو صدور حكم من القضاء بالفسخ . وذلك إمعاناً فى الحماية اللازم توافرها للمشتري ، وهو الطرف الضعيف فى العقد .

١٢- يثبت للمشتري الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى إصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام ، وفقاً للقواعد العامة فى المسؤولية المدنية ، إذا استطاع المشتري إثبات توافر أركانها ، وهى : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

وفى الفقه الإسلامى يثبت للمشتري الحق فى التعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب إخلال البائع بالتزامه بالإعلام على أساس أحكام الضمان وذلك إذا توافرت أركان التضمين ، وهى : الفعل الضار والضرر والإقصاء . وقد كمن الفقه الإسلامى أكثر حرصاً على إزالة الضرر وجبره ، فقرر القاعدة الفقهية "الضرر يزال" ، ونظر إلى الضرر نظرة موضوعية ، تجعله

بمثابة العلة في وجوب الضمان ، وذلك توفيقاً من الإضرار بالآخرين ما أمكن.

١٣- العينة في القاتون المدنى هي : جزء صغير من المبيع يسلمه البائع إلى المشتري قبل إبرام العقد ليسمح له بالتحقق من أوصاف المبيع ، والاستناد إليه لإثبات مدى مطابقة السلعة عند التسليم . وتعتبر رؤية العينة وفحصها وسيلة كافية للعلم بأوصاف المبيع ، إذا كان من الأشياء المثلية . ويلتزم البائع بتسليم شيء مطابق في أوصافه للعينة المتفق عليها ، وإلا ثبت للمشتري الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض عما أصابه من ضرر .
والأنموذج في الفقه الإسلامى هو : جزء من الشيء المبيع أو مثال لبعضه الدال على باقية ، يقدمه البائع إلى المشتري ليتم التعاقد على أساسه وتكفى رؤيته في العلم بأوصاف المبيع إذا كان من الأشياء المثلية . ويلتزم البائع بتسليم شيء مطابق للأنموذج المتفق عليه ، وإلا ثبت للمشتري الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه . ويقتصر الفقهاء الاختلاف اليسير بين الشيء المسلم والأنموذج ، تيسيراً على الناس في معاملاتهم .

١٤- يثبت للمشتري الحق في تجربة المبيع إذا اشترط ذلك صراحة في العقد كما يثبت ضمناً باستخلاصه من العرف الجارى في بعض أنواع المبيعات . ويجوز للمشتري أن يوكل غيره في القيام بالتجربة كصديق أو خبير . وتفيد التجربة في الاستعلام والتحقق من ملائمة المبيع لحاجة المشتري الشخصية، ويجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه على أساس ما يحصل لديه من علم بحقيقة المبيع بعد تجربته طبقاً لنص المادة (١/٤٢١) من القاتون المدنى المصرى . وقد يتفق الطرفان على أن يكون الغرض من التجربة التأكد من صلاحية المبيع فى ذاته للغرض الذى أعد له ، ويكون الحكم على نتيجة التجربة فى هذه الحالة لرأى الخبير تحت رقابة القضاء .

وشرط التجربة يخول المشتري الحق في استئصال الشيء خلال مدة معقولة بغرض تجربته واختباره ، وإعلان رأيه خلالها . وتحدد مدة التجربة عادة بالاتفاق أو العرف ، وإلا وجب على البائع تعيينها وفقا لنص المادة (١/٤٢١) مدنى مصرى .

ويعتبر شرط التجربة - بحسب الأصل - شرطا واقفا يطلق آثار العقد حتى تظهر نتيجة التجربة ، ويتخذ المشتري قراره . فإن كان بالموافقة تم المضى فى العقد وانتهت حالة التعليق ، وأصبح العقد نهائيا . وإن كان بالرفض أعتبر العقد كأن لم يكن .

وفى الفقه الإسلامى يثبت للمشتري الحق فى تجربة المبيع إذا شرط الخيار لنفسه صراحة فى العقد ، أو ضمنا باستفادته من العرف الجارى فى بعض أنواع المبيعات . ويجوز للمشتري أن يشترط الخيار لأجنبى عن العقد بحيث يكون ناكبا عنه وفقا لمذهب جمهور الفقهاء . ويقصد المشتري من شرط الخيار التأمل فى صلاحية الشيء لحاجته ، عن طريق مشاورة الغير أو اختبار المبيع وتجربته . ولذلك يجب تعيين مدة مطومة للخيار بالاتفاق الصريح أو الضمنى ، حتى يتمكن المشتري من استخدام المبيع بغرض تجربته والعلم بحقيقته خلالها . وقد حدد فقهاء المالكية هذه المدة بقدر ما يختبر به المبيع عادة . ولكن لا يجوز انفراد البائع بتعيين هذه المدة .

وشرط الخيار يودى إلى تعليق آثار العقد عند الحنفية والمالكية وأحد الأقوال فى المذهب الشافعى ، حتى يستعمل المشتري خياره ، فبأن كان بالموافقة أصبح العقد لازما ، وترتبت عليه آثاره . وإن كان بالرفض أعتبر العقد كأن لم يكن .

والخيار إرادة ومثبنة لمن يثبت له الحق فيه ، وهو وحده الذى يستطيع إجازة العقد أو فسخه .

ويمكن القول أن شرط التجربة في القانون المدني المصري ، ما هو إلا صورة من صور شرط الخيار في الفقه الإسلامي لا أكثر ، وأن ما يفرق بينهما هو العموم وعدمه . ذلك أن شرط الخيار أعم من شرط التجربة ، إذ يشمل شرط الخيار استشارة الغير ومشاورة النفس ، وتجربة محل العقد . ومن ثم يكون الخيار منطوياً على الحق في التجربة ضمناً ، بخلاف شرط التجربة في البيع ، فهو مقيد بالتجربة وينتجتها في بعض الحالات . ولذلك فإن شرط الخيار يوفر للمشتري مركزاً أفضل في مواجهة البائع ، لأن الخيار مبينة وإرادة يخول المشتري الحق في إجازة العقد أو فسخه دون معقب عليه .

١٥- المذاق في القانون المدني هو : نوع من التجربة لأشياء لا تعرف خصائصها إلا به ، كالمأكولات والمشروبات .

والغرض منه اختبار المبيع والعلم بحقيقته ، والوقوف على مدى ملاءمته لذوق المشتري الشخصي . وهو كذلك في الفقه الإسلامي لأنه يدخل تحت لفظ الرؤية بمعناها الأعم .

ويثبت حق المذاق في القانون المدني بالشرط صراحة أو ضمناً . بينما يثبت في الفقه الإسلامي بحكم الشرع دون حاجة إلى اشتراطه في العقد لأنه أحد طرق الرؤية .

والبيع بالمذاق هو وعد بالبائع يخول المشتري الحق في قبول المبيع أو رفضه خلال المدة المحددة دون معقب عليه ، طبقاً للمادة (٢٢) من القانون المدني المصري . ولا ينعقد البيع ويرتب آثاره إلا بعد ذوق المشتري للمبيع وقبوله له وإعلان البائع بذلك خلال المدة المحددة . بينما في الفقه الإسلامي يعتبر بيع المذاق مثل أي بيع إقترن بخيار الرؤية فيرتب آثاره ولكنه يكون غير لازم بالتمسبة للمشتري حتى يذوق المبيع

ويرضى به فإن شاء أمضى العقد، وإن شاء فسخه بمقتضى حقه فى خيل الرؤية .

١٦- الكتالوج فى القانون المدنى يستخدم عادة فى التعاقد بالمراسلة بين التكتبين ويعتبر وسيلة الاتصال بين المتبايعين ، وقد يتخذ شكل ورقى أو أسطوانى فى صورة شريط فيديو متلفز .

ويقوم الكتالوج بدور هام فى إعلام المستهلكين بأوصاف السلع والمنتجات فى كافة عناصرها ، ويعتبر وسيلة كلفة للإعلام بما يتضمنه من وصف دقيق للسلع المباعة وخصائصها وتركيباتها وطريقة استخدامها وثمنها وطرق دفع الثمن وشروط البيع ، وغيرها من البيانات الهامة .

كما يعتبر وسيلة للإعلان حيث يشتمل على عنصر الجاذبية ، بما يستخدم فيه من ألوان وصور وتخفيضات لأسعار بعض السلع ، بقصد جذب المستهلك وإثارة رغبته فى الشراء . وبذلك يجمع الكتالوج بين خاصيتى الإعلان والإعلام .

وللكتالوج قيمة تعاقدية ، حيث يتضمن عرضاً لأوصاف المباعة وثمنه وشروط البيع ، بما يجعله يشتمل على إيجاب تعاقدى حقيقى ، يلتزم البائع به خلال مدة معقولة ، قد تكون محددة فى الكتالوج نفسه .

ويلتزم البائع بتسليم المشتري شيئاً مطابقاً للبيانات والأوصاف المدرجة فى الكتالوج ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى التنفيذ العينى أو طلب فسخ العقد مع التعويض عن الضرر .

ويقابل الكتالوج فى القانون المدنى ، البرنامج فى الفقه الإسلامى ، وهو : دفتر يكتب فيه أوصاف المباعات ، يستخدم فى التعاقد بالمراسلة بين الغائبين عادة ، وقد يستخدم فى التعاقد بين الحاضرين للضرورة ، كما لو كانت السلعة داخل العلل أو الصندوق ، وكان فى فتحة ضرر أو مشقة على البائع .

ويقوم البرنامج بدور هام فى الإعلام بأوصاف المبيع ونوعه وصنفه ومقداره وثمنه . ويشتمل على إيجاب ملزم للبائع لأنه يتضمن تعييناً كافياً لأوصاف المبيع وثمنه وعرضا للبيع . ولذلك يلتزم البائع بتسليم المشتري سلعة مطابقة للأوصاف المذكورة فى البرنامج ، من حيث : النوع والصنف والعدد والألوان وغيرها ، وإلا خير المشتري بين قبول السلعة غير المطابقة أو ردها وفسخ العقد . ولا يشتمل البرنامج على عنصر الجاذبية ، بل يقتصر على الأوصاف والبيانات الموضوعية .

١٧- يمكن تعريف عروض البيع عبر التلفزيون وغيره من وسائل الإعلام والاتصال الحديثة بأنها : عقود لبيع السلع والمنتجات عن بعد تتم عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة ، على أن يكون للمشتري الحق فى إعادة النظر فى المبيع برده خلال مدة محددة من تاريخ التسليم . وتشتمل عمليات عرض السلع والمنتجات عبر التلفزيون على الإعلان عن هذه المنتجات ، باستخدام وسائل الجذب والإثارة ، بالصوت والصورة والألوان والإضاءة ، بقصد جذب المستهلك ودفعه إلى الشراء . كما تتضمن عملية العرض تقديم بيانات وأوصاف ، توضح حقيقة المنتجات المعروضة لإعلام المشاهد متلقى البرنامج بها . وهذه التقنية للبيع ظهرت على إثر التقدم الاقتصادى والتكنولوجى المعاصر .

ويقابلها فى الفقه الإسلامى حالة وصف المبيع فى بيع السلم مع الإعلان المشروع عنه . والذى يجب أن تراعى فيه مقاصد الشريعة الغراء ، بأن تكون السلعة المعن عنها صالحة للعمل فيها شرعاً ، وأن يكون المظن صادقاً فيما أعلنه عن المبيع من بيانات وأوصاف ، وأن يبتعد عن المذموم المفرط أو للتناء المجرد الهادف إلى جذب المشتري ودفعه إلى الشراء .

- ويلتزم البائع بإعلام المشتري بحقيقة المبيع المعروض عبر البرنامج التلفزيوني أو غيره من وسائل الإعلام والاتصال ، وذلك ببيان أوصافه وثمنه وطريقة استخدامه ومصاريف الشحن وغيرها من البيئات الهامة .
وفى الفقه الإسلامى ، يجب على البائع فى عقد السلم ذكر أوصاف المبيع التى تختلف بها الأغراض اختلافاً بيناً ، ويختلف بها الثمن اختلافاً ظاهراً ويجب أن يكون الوصف كافياً لرفع الجهالة ومنع المنازعة عند التسليم وذلك بأن يتضمن بيان جنس المبيع ونوعه وصفه ومقداره ، وحدائته أو قديمه .

- وعرض المبيع عبر البرنامج التلفزيونى ، وبيان أوصافه وثمنه يشتمل على إيجاب تعاقدى حقيقى يتعقد به العقد إذا صلاخه قبول مطابق من قبل المستهلك متلقى البرنامج ، حيث يتعهد مقدم البرنامج بتسليم المبيع بحسب هذه المواصفات ، ويتم دفع الثمن فى الغالب مقدماً عند طلب السلعة بالتليفون أثناء العرض التلفزيونى ، وقد يتم الوفاء به عند التسليم .
وفى الفقه الإسلامى ، يتم عقد بيع السلم بالاتفاق على المبيع (المسلم فيه) والذى يجب أن يكون نبأً موصوفاً فى اللزمة ، وأن يكون الثمن معطوماً ويجب الوفاء بالثمن فى مجلس العقد عند جمهور الفقهاء ، ويجوز التأخير اليسير فى الوفاء به عند الملكية .

- ويجب أن يكون المبيع مطابقاً للأوصاف المعطى عنها عبر البرنامج التلفزيونى ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى رده إلى البائع لاستبداله بآخر أو رده واسترداد الثمن . وهو المعروف فى الفقه الفرنسى بالحق القتنوى فى إعادة النظر فى عمليات البيع عن بعد بواسطة التليفزيون ، وغيره من وسائل الإعلام والاتصال الحديثة . وهذا الحق قرره المادة الأولى من التشريع الفرنسى رقم (٨٨-٢١) وللصادر فى ٦ يناير ١٩٨٨م ، والمادة (١٦/١٢١) من قانون الاستهلاك الفرنسى الصادر فى ٢٦ يوليه ١٩٩٢م وهو حق قتنوى من النظام العام يترك لتقدير ممارسته لمطلق إرادة

المشتري، خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع ، على أن يتحمل المشتري وحده نفقات ومصاريف الرد .

وفى للفقه الإسلامى : يجب أن يكون المبيع المسلم فيه مطابقاً للأوصاف المعطى عنها والمبينة فى العقد ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى الخيار بيسن إمضاء العقد أو فسخه ورد المبيع واسترداد الثمن ، على أن يتحمل المشتري مؤنه ومصاريف الرد .

- ويلاحظ عدم وجود تنظيم قانونى لعمليات البيع عبر التلفيزيون وغيره من وسائل الإعلام والاتصال الحديثة فى القانون المصرى . بالرغم من انتشار هذه التقنية للبيع فى مصر ، بما يوجب ضرورة تدخل المشرع لتنظيمها حماية لجمهور المستهلكين .

ثانياً ، التوصلات :

اتضح لنا من دراسة موضوع : " أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته فى ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة " ، وجود قصور تشريعى فى مواجهة التقدم الكبير فى استخدام الوسائل الاقتصادية والتقنية الحديثة والمتطورة فى عرض المبيعات والدعاية لها باستخدام عناصر الجاذبية والإبهار ، والتي تؤثر على رضا المستهلك وتدفعه إلى الشراء دون تبصر أو علم كاف بحقيقة المنتج المعروض عليه .

ولذلك ومن أجل حماية جمهور المستهلكين ، فبأتى أوصى بوجوب التدخل التشريعى لمعالجة هذا القصور . والذى يتحقق - من وجهة نظرى - بتعديل نص المادة (٤١٩) من القانون المدنى المصرى وإضافة نصوص أخرى ، وذلك على النحو التالى :

(المادة الأولى)

١- " يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويلتزم البائع بتخاذل الوسائل اللازمة لإعلام المشتري بحقيقة المبيع .

- ٢- ويعتبر علم المشتري بالمبيع كلفيا ، إذا أدلى له البائع عند التعاقد بالبيانات الصحيحة التى توضح حقيقة المبيع ذاتا وصفاتا ، وتبين وضعه للقانونى وخواصه المادية وطريقة استخدامه وتحذر من أخطاره .
- ٣- فإذا لم يكن المشتري عالما بالمبيع وقت التعاقد ثبت له الحق فى طلب إبطال العقد ، ويكون له الحق فى طلب التعويض عن الضرر الذى أصابه إذا كان الذى حال دون علمه للكفى بالمبيع ، هو إخلال البائع بالتزامه بالإعلام .

(المادة الثانية)

- ١- اطلاع المشتري على عينة من المبيع وفحصها ، وتجربته للمبيع أو تذوقه تعتبر وسائل كافية لتحقيق العلم بالمبيع فلا يقوم معها حق المشتري فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم الكفى بالمبيع .
- ٢- ويستثنى من ذلك المنتجات الدقيقة التركيب والأجهزة ذات التقنية العالية والمعقدة ، فلا يكفى فحص المشتري أو تجربته لها ، بل لابد من قيام البائع بالكشف عن خواصها وبيان تركيبها وطريقة استخدامها للمشتري وإلا ثبت لهذا الأخير الحق فى طلب الإبطال مع التعويض عما لحقه من ضرر .

(المادة الثالثة)

- ١- عرض السلع والمنتجات للبيع بواسطة الكتالوجات أو عبر التلفيزيون وغيره من وسائل الإعلام والاتصال الحديثة ، يعتبر إيجابا تعاقديا يلتزم البائع به خلال المدة المحددة فى العرض ، وإلا فلى مدة معقولة .
- ٢- ويجب أن تكون البيانات والأوصاف المعلن عنها أثناء العرض صحيحة ومطابقة لحقيقة السلعة المقصود بيعها .
- ٣- ويلتزم البائع بتسليم المشتري سلعة مطابقة للمواصفات والبيانات المعلن عنها بواسطة الكتالوج ، أو عبر التلفيزيون وغيره من وسائل الإعلام

والاتصال ، وإلا ثبت للمشتري الحق فى فسخ العقد خلال مدة معقولة والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصابه " .

- وأوصى بأن تدرس مواد القانون بكتليات الشريعة والقانون وكليات الحقوق مقارنة بالفقه الإسلامى ، فإن ذلك يؤدى إلى ثراء فكرى وفقهى كبير ، كما يجعل الطلاب يقف على مزايا الفقه الإسلامى ، ويكسبه القدرة على مقارنة الأحكام بين القانون والفقه الإسلامى .

- كما أوصى القلمين على الأمر فى جمهورية مصر العربية وفى جميع الدول العربية والإسلامية أن ينهلوا من المعين الطاهر والنبع الصافى الفياض ألا وهو الفقه الإسلامى فى شتى مجالات المعاملات المالية وكذلك الحدود وسائر الأحكام الشرعية .

لقد أصبح تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية مطلباً ملحا لا مناص منه ولا سبيل إلى غيره ، فهو المستقبل الوحيد لاسترجاع الإنسان المسلم ذاته الصافية الصادقة ، وعونه من جديد إلى أصله المجيد ، مسهما فى تقدم الإنسانية ، ومشاركاً فى تحقيق سلامتها وأمنها ورخائها .

• وبعد :

فهذا عملى ، وهو جهد المقل لا ادعى أنى بلغت فيه الكمال أو قاربته ، فلكمال الله تعالى .

وهاهى ذى رسلتى أقمها بين يدى أساتذتى الأجلاء وبين يدى القارئ الكريم ، وقد قصصنت بها وجه الله تعالى أولاً .

والله - عز وجل - أسأل المغفرة عن الزلات والعلو عن السهوات غير طامع أن يكون لى بعد الممات سوى الأجر المتجدد عن عمل ينتفع به ويكفى فى دنياى أجر من أجتهد فلخطأ ، دون الأجرين اللذين وعد بهما

رسول ﷺ، من أجتهد فأصاب . ولعلني قد وفقت في بعض المسائل فهديت
فيها إلى الصواب .

ولا يفوتني أن أتوجه في الختام بجزيل شكرى وعرفاتى لأستاذى
الجليلين:

الأستاذ الدكتور / أنور محمود نبور .

والأستاذ الدكتور / عبد الرشيد ملمون شديد .

اللذين لم يضنا على بوقت ، فجزاهما الله عنى خير الجزاء ، وبارك فى عمرهما .

كما أتوجه بالشكر إلى كل من مد لى العون فى إعداد هذا البحث .
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العلمين .

الباحث

فهارس الرسالة

- ١ - فهرس الآيات القرآنية.
- ٢ - فهرس الأحاديث النبوية .
- ٣ - فهرس الأعلام .
- ٤ - فهرس المصادر والمراجع.
- ٥ - فهرس الموضوعات .

١- فخرس الآيات القرآنية

م	اسم السورة	قال الله تعالى:	رقم الآية	رقم الصفحة
١	البقرة	(ولا تكلوا أموالكم بينكم بالباطل)	(١٨٨)	٥٦
٢	آل عمران	(وأحل الله البيع) (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم) (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) (كنتم خير أمة أخرجت للناس)	(٢٧٥) (٢٨٢) (٢٨٦) (١١٠)	٣٦٧ ٦١٢ ٣١٨ ٢٩٦
٣	النساء	(وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) (يا أيها الذين آمنوا لا تكلوا أموالكم بينكم بالباطل)	(٢١) (٢٩)	٤٣٢ ٦١
٤	المائدة	(إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (وتعاونوا على البر والتقوى)	(٥٨) (١) (٢)	٢٩٢ ٤٢٤ ٩٩
٥	الأنفال	(يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول)	(٢٧)	٢٩٣

٩٩	(١١٩)	(يا أيها الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ)	٦ التوبة
٤٢٣	(٧٨)	(وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ)	٧ الأنبياء
٢٩٣	(٨)	(وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)	٨ المؤمنون
٢٩٠	(٣)	(فليعلمن الله الَّذِينَ صَدَقُوا وَليعلمن الْكَاذِبِينَ)	٩ العنكبوت
٢٩٠	(٢٣)	(مِنْ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ)	١٠ الأحزاب
٢٩٠	(٢٤)	(لِيَجْزِيَ اللَّهُ الصَّادِقِينَ بِصِدْقِهِمْ)	
٢٩٣	(٣٢)	(وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)	١١ المعارج

٢- فصوص الأحاديث النبوية

(مرقبة على الأعراس الأبجدية)

رقم الصفحة	الحديث	٥
٤٩٠	إذا بعث فقل لا خلافة .	١
٢٥٢	إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في أو في سوقنا.	٢
٢٩١	أربع من كنا فيه كان منافقاً خالصاً .	٣
٢٩١	إن التجار يبعثون يوم القيامة فجراً إلا من اتقى .	٤
٢٩٣	إنما الأعمال بالنيات .	٥
١٠٢	إنما البيع عن تراض .	٦
٢٩٢	إياكم وكثرة الحلف في البيع .	٧
٢٩١	آية المنافق ثلاثة .	٨
١٠١	البيعان بالخيار ما لم يتفرقا .	٩
٩٩	التاجر الصدوق الأمين مع النبيين .	١٠
٢٩١	ثلاثة لا يكلمهم الله .	١١
٢٩٢	الحلف منفقة للسلعة محقة للبركة .	١٢
٩٩	لدين النصيحة .	١٣
١٤٠	رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة .	١٤
٤٢٣	طعام بطعام	١٥
٢٩٠	عليكم بالصدق	١٦
١٠٤	غبن المسترسل ربا	١٧
٢٨٧	كان ها هنا رجل اسمه نواس	١٨
١٤٠	كانوا يتبايعون الطعام جزافاً	١٩

١٠٢	لا ضرر ولا ضرار	٢٠
٣٦٣	لا تبع ما ليس عندك	٢١
٢٨٦	لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه	٢٢
٦١٠	لا يؤمن أحدكم حتى يحب	٢٣
١٤١	ما هذا يا صاحب الطعام	٢٤
١٨٦	المسلم أخو المسلم	٢٥
٦١٢	من أسلف في تمر	٢٦
٣٦٤	من اشترى شيئاً لم يره	٢٧
٩٩	من حمل علينا السلاح	٢٨
٢٩٥	من ضارّ أخيه	٢٩
٥٦	لهي رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة	٣٠
٣٤	نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر	٣١

٣- فهرس الأعلام

(مرتبين حسب حروفه المعجم)

رقم الحفيد	الاسم	٥
٢٩٤	إبراهيم بن موسى بن محمد النخعي أبو إسحاق (الشاطبي)	١
٥٧	أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله المصري (القرافي)	٢
٣٣	أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (ابن تيمية)	٣
٤٥٧	أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات (الدردير)	٤
٤٩٠	حيان بن منقذ بن عمرو عطية الأنصاري (صحابي)	٥
٢٥٥	الحكم بن عتيبة الكندي (الحكم)	٦
٢٥٥	حماد بن أبي سليمان الكوفي	٧
٤٩٤	زفر بن الهذيل بن قيس الغنبري	٨
٦٢	سعد بن مالك بن سنان أبي سعيد الخدري (صحابي)	٩
٤٩٣	عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة (فقيه مالكي)	١٠
٢٥٥	عثمان بن سعيد الأحول (الأتماطي)	١١
٤٩٩	علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد (الكامباني)	١٢
٤٩٧	علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني	١٣
٣٣	محمد بن أبي بكر أبو عبد الله (ابن القيم الجوزية)	١٤
٤٨٩	محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد (الجد)	١٥
٥٩	محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد)	١٦
١٣٥	محمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيباني	١٧
٣٦٣	محي الدين يحيى بن شرف النووي أبو زكريا	١٨
١٣٥	يعقوب بن إبراهيم بن حبيب (أبو يوسف صاحب أبي حنيفة)	١٩

٤- فهرس المصادر والمراجع*

أولاً ، المراجع العربية .

١- القرآن الكريم .

٢- كتب التفسير وأحكام القرآن .

- أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ طبعة عيسى البابي الحلبي بتحقيق محمد علي البيجاوي .
- تفسير الجلالين للإمام جلال الدين المحلي والإمام جلال الدين السيوطي . ط دار المعرفة بيروت _ لبنان .
- تفسير القرآن العظيم للإمام أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ . ط دار الفكر العربي .
- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الشعب والريان للتراث .
- جامع البيان في تلويل القرآن للإمام أبي جعفر بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ ط دار الفكر ١٤٠٥-١٩٨٤ م .
- الميراج المنير للإمام محمد الشرييني الخطيب . ط دار المعرفة بيروت _ لبنان .
- صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصايوني ط دار الرشيد سوريا حلب .
- مجمع البيان في تفسير القرآن للشيخ أبي الفضل بن الحسن الطبرسي الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م دار المعرفة للطباعة والنشر .

*رتبت المراجع العربية والشرعية ترتيباً أبجدياً حسب اسم المراجع .

وربت المراجع للقانونية ترتيباً أبجدياً حسب اسم المؤلف .

٣- كتبه الحديث النبوي ومعلومه .

- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان تأليف الأمير علاء الدين علي بن بلبان المتوفى سنة ٧٢٩ هـ الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ _ ١٩٩١ م مؤسسة الرسالة .
- تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذ ط دار الفكر ١٤١٥ هـ _ ١٩٩٥ .
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط ١٣٨٤ هـ - شركة الطباعة الفنية وط دار المعرفة بيروت .
- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى ٦٧٦ هـ طبعة المكتب الثقافي ١٤٠١ هـ _ ١٩٨١ م .
- سنن ابن ماجه لإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ ط دار إحياء الكتب العربية فيصل الحلبي .
- سنن الدار قطنى للإمام علي بن عمر بن مهدي أبي الحسن الدار قطنى المتوفى ٢٨٥ هـ ط دار المحاسن للطباعة ٢٤١ شارع الجيش القاهرة وط عالم الكتب .
- سنن الدارمي للحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي المتوفى سنة ٢٥٥ هـ ط دار القلم دمشق ١٤١٧ هـ _ ١٩٩٦ م .
- السنن الكبرى للحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي أبيهتي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ . الطبعة الأولى مجلس دائرة المعارف العثمانية حيدر آباد _ الهند .
- صحيح البخارى للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مع شرحه فتح البارى ط دار الريان للتراث .
- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام الحافظ أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ . الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ

- ١٩٩٤م مؤسسة قرطبة ، والطبعة الثالثة ١٤١٦هـ _ ١٩٩٦م دار الخير .
- عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب محمد آبادي ط دار الفكر للطباعة والنشر ١٤١٥هـ _ ١٩٩٥م .
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ ط مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٨هـ _ ١٩٥٩م وط دار الريان للتراث القاهرة ١٤٠٧هـ _ ١٩٨٦م.
- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم ، لمحمد فؤاد عبد الباقي ط دار الجيل بيروت ١٤٠٧هـ _ ١٩٨٦م والطبعة الثانية دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع بالقردة ١٤١٣هـ _ ١٩٩٢م .
- مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني المتوفى سنة ٢٤١هـ ، ط الميمنة.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار وأحاديث سيد الأخيار للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ٢٥٥هـ ، ط مكتبة الكليات الأزهرية ، ومكتبة دار التراث .
- ٤- تحفب اللغة العربية والمعاجم.
- تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي ط منشورات مكتبة الحياة .
- القاموس المحيط لأبي طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروز آبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ ، الطبعة الأولى مؤسسة الرسالة ١٤٠٦هـ _ ١٩٨٦م .
- لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيسي المصري المتوفى ٧١١هـ ط دار المعارف .

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي المصري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية بيروت لبنان.
- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى ٣٩٥ هـ للطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م دار الجبل بيروت بتحقيق عبد السلام محمد هارون .
- المعجم الوسيط لمجموعة الأساتذة بإشراف مجمع اللغة العربية الطبعة الثالثة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- المنجد في اللغة العربية والأعلام للأب لويس معلوف اليسوعي الطبعة السابعة والمشرقون دار المشرق بيروت .
- ٥- تحبير التراجم والصور .
- الاستيعاب في أسماء الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي الملقب المتوفى سنة ٤٦٣ هـ بهامش الإصالة ، الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ مطبعة السعادة .
- الإصالة في تمييز الصحابة لشيخ الإسلام أحمد بن علي بن محمد الصقلاني المعروف بابن حجر المتوفى سنة ٨٥٢ هـ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ مطبعة السعادة .
- الأعلام لخير الدين الزركلي الطبعة الثانية ١٣٧٨ هـ مطبعة كوستا توماس ، والطبعة الثالثة دار العلم للملايين .
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي الشوكلي المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ الطبعة الأولى ١٣٤٨ هـ مطبعة السعادة .
- تهذيب التهذيب لأحمد بن علي بن محمد الصقلاني المعروف بابن حجر المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ط حيدر آباد الدكن ١٣٢٥ هـ .
- الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية لمحي الدين عبد القادر القرشي المصري ط مجلس دائرة المعارف النظامية حيدر آباد الدكن ١٣٣٢ هـ .

- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لبرهان الدين إبراهيم بن على بن محمد بن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩هـ - الطبعة الأولى ١٣٢٩هـ - مطبعة السعادة .
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد بن محمد بن مخلوف ط دار الكتاب العربي بيروت .
- طبقات الشافعية لأبى بكر هداية الله الحسينى الملقب بالمصنف المتوفى سنة ١٠١٤ هـ - مطبعة بغداد ١٣٦٥ هـ - وط دار القلم بيروت .
- الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى لمحمد بن الحسن الحجوى الثعالبى المتوفى سنة ١٣٧٦هـ - ط المكتبة العلمية بالمدينة المنورة سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .
- الفوائد البهية فى تراجم الحنفية مع التعليقات للسنية لأبى الحسنات محمد بن عبد الحى اللكنوى الهندى ط دار المعرفة بيروت .
- ميزان الاعتدال فى نقد الرجال لأبى عبد الله محمد بن أحمد الذهلبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ - الطبعة الأولى ١٣٢٥هـ - مطبعة السعادة .
- وفيات الأعيان وأنباء الزمان لأبى العباس أحمد بن محمد بن أبى بكر بن خلكان المتوفى سنة ٦٨١ هـ - ط مطبعة بولاق .
- ٦- كتيب أصول الفقه .
- الإحكام فى أصول الأحكام لأبى الحسن على بن أبى على الأمدى ط ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨م مطبعة محمد على صبيح .
- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين مسعود بن عمر الفتازلى الشافعى المتوفى سنة ٧٩٢هـ - ط مطبعة محمد على صبيح .
- الموافقات فى أصول الأحكام لأبى أسحاق إبراهيم بن موسى اللخمسى الشهير بالشاطبى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ - ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي .

٧- حُجُبُ الْفَقْه .

(١) كتب الفقه الحنفى .

- الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبى حنيفة التميمي لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ط ١٣٨٧ هـ _ ١٩٦٨ م مطبعة عيسى البابى الحلبي .
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن نجيم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ط المطبعة العلمية بيروت لبنان .
- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للعلامة علاء الدين أبى بكر الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ مطبعة الإمام ، الناشر زكريا على يوسف .
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن عيسى الزيلعى المتوفى سنة ٧٤٣ هـ الطبعة الأولى ١٣١٤ هـ المطبعة الأميرية .
- رد المحتار على الدر المختار للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى فى سنة ١٢٥٢ هـ الطبعة الثالثة المطبعة الكبرى الأميرية ١٣٢٥ هـ .
- شرح الغاية على الهداية بهامش فتح القدير للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البهارتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ الطبعة الأولى المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٦ هـ .
- شرح فتح القدير للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ على الهداية للعلامة المرغينانى الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق
- شرح مجلة الأحكام العلية للشيخ سليم رستم باز البناطى ط ١٩٨٦ م بيروت .
- المبسوط لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل المرخصى المتوفى سنة ٤٨٣ هـ الطبعة الأولى مطبعة السعادة .

- مجمع الضمعات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للشيخ محمد بن غاتم بن محمد الليثي الطبعة الأولى المطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ .
- (بج) كتّيب الفقه المالكي .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للعلامة محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد والمتوفى سنة ٥٩٥ هـ ط دار الفكر .
- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك العلامة أحمد بن محمد الصاوي المالكي المتوفى سنة ١٢٤١ هـ على الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- حاشية العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي على شرح الإمام أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- حاشية العدوي على شرح الخرشي للطبعة الأولى العمارة الشرفية ١٣١٦ هـ .
- شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي المتوفى سنة ١١٠١ هـ الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ المطبعة الكبرى الأميرية .
- الشرح الكبير المسمى منج القدير على مختصر خليل للشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ وحاشية الشيخ محمد بن عرفه للدسوقي على الشرح الكبير ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- الفروق ومعه تهذيب الفروق للعلامة أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٤٨ هـ ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت _ لبنان .
- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية للعلامة ابن جزى ط ١٢٩٤ هـ عالم الفكر .

- المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩ هـ رواية سحنون بن سعيد التتويخي عن ابن القاسم ط مطبعة السعادة للقاهرة .
- المقدمات للمهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المعروف بابن رشد للجد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ الطبعة الأولى مطبعة السعادة _ دار صادر .
- المنقنى شرح الموطأ للإمام مالك تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف البلجي الأندلسي المتوفى سنة ٢٩٤ هـ ط دار الكتاب العربي بيروت _ لبنان .
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ وبهامشه للتاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبري الشهير بالمواق الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ _ ١٩٧٨ م .

(ج) كتبه الفقه الشافعي .

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي .
- حاشية قليوبي وعميرة للشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي ط مطبعة محمد علي صبيح .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ط المكتب الإسلامي .
- فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ ط دار الفكر .
- المجموع للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ط دار الفكر .
- متى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج للنووي ط ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ . ط مطبعة عيسى البابي الحلبي .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ ط مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

(د) كتبه الفقه الحنبلي .

- أعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين بن أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ ط دار الحديث - والطبعة الثانية ١٩٧٧ م دار الفكر بيروت بتحقيق محي الدين الحيز .

- الإقناع لشيخ الإسلام أبي لنجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي المتوفى ٩٦٨ هـ مع شرحه كشف القناع للبهوتي ط مكتبة النصر الحديثة.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للشيخ علاء الدين أبي الحصن بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ ط مكتبة ابن تيمية والطبعة الثاقبة دار إحياء التراث العربي ١٤٠٠ هـ _ ١٩٨٠ م .
- الشرح الكبير على متن المقتع لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ مع المقنى لموفق الدين بن قدامة ط ١٤٠٣ هـ _ ١٩٨٣ م طار الكتاب العربي بيروت _ لبنان .
- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ _ ١٩٤٧ م .
- الكافي في مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ط المكتب الإسلامي تحقيق زهير الشاويش .
- كشف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس البهوتي ، الناصر مكتبة النصر الحديثة _ الرياض .
- المبدع في شرح المقتع للعلامة أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد مقلح المؤرخ الحنبلي المتوفى سنة ٨٤٤ هـ ط المكتب الإسلامي .
- المقنى لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ ط عالم الكتب بيروت .
- المقتع للعلامة بن قدامة المقدسي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

(هـ) حُتَيْبُ الْفَقْهِ الظَّاهِرِيِّ .

- المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى
الظاهرى المتوفى سنة ٤٥٦هـ ط مكتبة الجمهورية العربية
١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م .

(و) حُتَيْبُ فَقْهِ الشَّيْخَةِ الزَّيْدِيَةِ .

- البحر الزخار الجامع لعطاء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى
المتوفى سنة ٨٤٠ هـ للناسر دار الكتاب الإسلامى القاهرة .
- شرح الأثر المعتبر المختار من الغيث المزار المفتاح لكلمات الأثر فى
فقه الأئمة الأطهار للعلامة أبى الحسن عبد الله بن مفتاح المتوفى سنة
٨٧٧هـ ، للناسر مكتبة عصمان صنعاء اليمن .

(ز) حُتَيْبُ فَقْهِ الشَّيْخَةِ الْإِسْمَاعِيلِيَّةِ .

- اللعة المشقية للشيخ محمد بن جمال الدين مكى العاملى المتوفى سنة
٧٨٦هـ ط ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣م دار إحياء التراث العربى بيروت
لبنان.
- المختصر النافع فى فقه الإمامية للشيخ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن
الحسن الحلبي المتوفى سنة ٦٧٦هـ للطبعة الثانية - وزارة الأوقاف .

(ح) حُتَيْبُ الْفَقْهِ الْإِسْمَاعِيلِيِّ .

- النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم النعمانى
المتوفى سنة ١٢٢٣هـ وشرح كتاب النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن
يوسف أطفيش المتوفى سنة ١٣٣٢هـ ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ -
١٩٨٥م مكتبة الإرشاد جدة - السعودية .

٨- - كتبه حديثة وأبحاثه مقارنة في الفقه الإسلامي .

- إعلام المستهلك وحكم الشريعة الإسلامية فيه للدكتور يوسف قاسم ، بحث مقدم لمؤتمر إعلام وحماية المستهلك الذي نظمه مركز حماية المستهلك الذي نظمه مركز حماية المستهلك بكلية الحقوق _ جامعة القاهرة في الفترة من ١٥ _ ١٧ يناير ١٩٩٥ م .
- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور محمد يوسف موسى ، الطبعة الأولى دار الكتاب العربي .
- بيع العينة أو النموذج في الشريعة والقانون للدكتور محمد عقل ، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة الثمانية العدد الثالث رمضان ١٤٠٥ هـ _ ١٩٨٥ م تصدر عن كلية الشريعة والدراسات الإسلامية _ جامعة الكويت .
- تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ونظريته للأموال والعقود للدكتور محمد سلام مذكور الطبعة الثانية ١٩٥٩ م مكتبة النهضة المصرية .
- التعامل التجارى فى ميزان الشريعة للدكتور يوسف قاسم الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ _ ١٩٩٣ م دار النهضة العربية .
- خيار الرؤية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للدكتور عبد المجيد محمود مطلوب ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول السنة الثامنة عشر يناير ١٩٧٦ م .
- خيار الرؤية وأثره على العقد دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور لاشين محمد يونس الغياثي ، بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الثمانى شوال ١٤٠٦ هـ _ ١٩٨٦ م .

- خيار الشرط في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور علي أحمد مرعي بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون العدد التاسع ١٤١٥هـ _ ١٩٩٤م تصدر عن كلية الشريعة والقانون بالقاهرة .
- الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ط ١٩٧١م المطبعة الفنية الحديثة .
- الطبعة المتميزة للعقود وضوابطها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد محمود البطل ط مكتبة عبد الله وهبه .
- عقد البيع في الشريعة الإسلامية على ضوء القرآن والسنة وآراء الفقهاء للدكتور أحمد علي طه ريان ، الطبعة الأولى دار الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع .
- الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات للشيخ عبد الرحمن الحريزي ط دار الفكر ودار الكتب العلمية بيروت _ لبنان .
- قطوف من العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة للدكتور علي أحمد مرعي مع الدكتور المرسى عبد العزيز السماحي الطبعة الأولى ١٤١٤هـ _ ١٩٩٣م دار الطباعة للمحمدية .
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، المملكة العربية السعودية _ الرياض .
- مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف الطبعة الرابعة ١٣٧١هـ _ ١٩٥٢م مطبعة السنة المحمدية .
- المنخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ، الطبعة الحادية عشر ١٤١٠هـ _ ١٩٨٩م مؤسسة الرسالة بيروت ، مكتبة القدس بغداد .
- المنخل لدراسة الفقه الإسلامي ، القسم الثاني أهم النظريات في الفقه الإسلامي نظرية العقد للدكتور أنور محمود دبور ، ط ١٤١٨هـ _ ١٩٩٨م دار الثقافة العربية .

- المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حامد حسان ، الطبعة الأولى ١٩٧٢م دار النهضة العربية .
- المدخل للفقه الإسلامى للدكتور محمد سلام مدكور ، الطبعة الرابعة ١٣٨٩هـ _ ١٩٦٩م دار النهضة العربية .
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للشيخ محمد قسرى بلشاش، الطبعة الثانية ١٣٠٨هـ _ ١٨٩١م المطبعة الأميرية .
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ط دار النهضة العربية .
- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ، ط ١٩٧٧م دار الفكر العربى .
- المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ط ١٣٥٥هـ _ ١٩٣٦م .
- الموسوعة الفقهية ، تصدر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية _ الكويت .
- نظرية الغرر فى عقد البيع للدكتور رمضان حافظ ، بحث منشور فى مجلة الشريعة والقانون بلقاهرة العدد الثالث ١٤٠٨هـ _ ١٩٨٨م .
- ٩- الكتّيب القانونية .
- (١) الكتّيب العامة ،-
- د/ أحمد نجيب الهللى مع د/ حامد زكى؛
- شرح القاتون المدنى فى عقود البيع والحالة والمقايضة ، الطبعة الثانية ١٣٥٧هـ _ ١٩٣٩م .
- د/ إسماعيل غاتم :
- الوجيز فى عقد البيع ط ١٩٦٣ م مكتبة عبد الله وهبه .

- د/ أنور سلطان :
العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين
المصري والبناني ، ط ١٩٨٣م دار النهضة العربية .
- د/ أنور سلطان مع د/ جلال العوى :
العقود المسماة في عقد البيع ، ط ١٩٦٦م دار المعارف .
- د/ جميل الشرقاوي :
النظرية العامة للالتزامات للكتاب الأولى مصادر الالتزام ، ط ١٩٩١م دار
النهضة العربية .
الإثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ١٩٩٠م دار النهضة العربية .
شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، ط ١٩٧٥م و ١٩٩١م دار
النهضة العربية .
- د/ حسام الدين كامل الأهواني :
النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية
١٩٩٥م .
عقد البيع في القانون المدني الكويتي ط ١٩٨٩م مطبوعات الجامعة .
- د/ حسن أحمد توفيق :
إدارة المبيعات ط ٨٦ / ١٩٧٨م .
- د/ حسن الذنون :
العقود المسماة عقد البيع بطباعة لرابطة بغداد .

- د/ خميس خضر :
العقود المدنية الكبيرة ، البيع والتأمين والإيجار ، الطبعة الثانية ١٩٨٤م
الناشر دار النهضة العربية .
- د/ سليمان مرقص :
الوفاء في شرح القاتون المدني ، الالتزامات المجلد الأول نظرية العقد
والإدارة المنفردة ، الطبعة الرابعة ١٩٨٧م مطبعة دار السلام .
العقود المسماة المجلد الأول عقد البيع ، للطبعة الرابعة ١٩٨٠م عالم
الكتب .
- د/ شفيق شحاته :
نظرية الالتزامات في القاتون الروماني ، ط ١٩٦٣م مطبعة مصطفى البابي
الحلبي .
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري :
الوسيط في شرح القاتون المدني ، نظرية الالتزام مصادر الالتزام ط دار
إحياء التراث العربي بيروت .
الإثبات ط ١٩٨٢م دار النهضة العربية .
البيع والمقايضة ، ط ١٩٦٠ دار النشر للجامعات المصرية .
- د/ عبد الرشيد مأمون :
الوجيز في العقود المسماة ، الكتاب الأول عقد البيع والمقايضة ، ط
١٩٩٧م المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الناشر دار النهضة العربية .

- د/ عبد العزيز عامر :
عقد البيع ط ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧ م دار النهضة العربية .
- د/ عبد الفتاح عبد الباقي :
نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ط
١٩٨٤ م .
- محاضرات في العقود الجزء الثاني عقد البيع ط ١٩٥٦ م دار الفكر
العربي.
- د/ عبد المنعم البدر اوى :
الوجيز في عقد البيع ط ١٩٩٨ م النسر الذهبى للطباعة .
- د/ عبد الناصر توفيق العطار :
شرح أحكام البيع .
- د/ عبد الودود يحيى:
الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القسم الأول مصادر الالتزام ط
١٩٩٢ م دار النهضة العربية .
- العقود المسماة البيع والإيجار والتأمين ط ١٩٧٨ م دار النهضة العربية .
- د/ على السلمي :
الإعلان ط ١٩٧٨ م الناشر مكتبة غريب .
- د/ على عبد المجيد :
الأصول العلمية للتسويق ، الطبعة العاشرة ١٩٨٦ م.

- د/ عبد المنعم فرج الصده :
نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، الجزء الأول طبعة
١٩٩٠م مطبعة جامعة القاهرة ، الناشر دار النهضة العربية .
- د/ محمد حلمى عيسى بك :
شرح البيع فى القوتين المصرية والفرنسية وفى الشريعة الإسلامية ، ط
١٣٣٤هـ - ١٩١٦م مطبعة دار المعارف .
- د/ محمد سلام زنتى :
نظم القانون الرومانى ، ط ١٩٨٧م القاهرة .
- د/ محمد الزحلى :
العقود المسماة ، البيع والمقايضة والإيجار ، ط ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م دار
الكتاب دمشق .
- د/محمد على عمران مع د / السيد عيد نايل :
عقد البيع ط ١٩٨٧م القاهرة .
- د/ محمد لبيب مع د/ مجدى صبحى خليل :
شرح أحكام عقد البيع ، ط دار النهضة العربية .
- د/ محمد نصر الدين منصور :
العقود المدنية ، شرح البيع فى القانون المدنى وفى الشريعة الإسلامية ط
٨٩ / ١٩٩٠م.
- د/ محمود جمال الدين زكى :

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨م مطبعة
جامعة القاهرة .

- د/ محمود عصفى مع د/ أحمد سرور:

البيع والإعلان ط ١٩٧٩/٧٨م مكتبة عين شمس .

- د/ محمود فؤاد محمد :

إدارة المبيعات ، ١٩٩١/٩٠م.

- د/ مصطفى أحمد الزرقاء :

شرح القانون المدنى السورى ، العقود المسماة عقد البيع
والمقايضة، الطبعة الرابعة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م مطبعة جامعة دمشق .

- د/ منصور مصطفى منصور:

مذكرات فى القانون المدنى العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار
ط ١٩٥٦-١٩٥٧م دار المعارف بمصر.

(ب) - الكتب المتخصصة ،-

- د/ أحمد السعيد الزقرد :

الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة ، مجموعة البحوث
القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق - جامعة المنصورة ديسمبر
١٩٩٢م .

- حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون بحث منشور بمجلة الحقوق السنة التاسعة عشرة العدد الثالث سبتمبر ١٩٩٥م ربيع الثاني ١٤١٦هـ ، تصدر عن مجلس النشر العلمي _ جامعة الكويت.

- د/ أحمد شوقي عبد الرحمن :

إجازة العقد القابل للإبطال ، ط ١٩٨٣م.

ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات ، ط ١٩٨٣م .

- د/ جابر محجوب على :

ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة دراسة مقارنة بين القانون الفرنسى والقانونين المصرى والكويتى ، ط ١٩٩٥م دار النهضة العربية بالقاهرة .

- د/ حسام الدين كامل الأهواى :

المفاوضات في الفترة قبل التعاقبية ومراحل إعداد العقد الدولى ، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون ومقتضيات التجارة الدولية ، معهد قانون الأعمال الدولى القاهرة ٢-٣ يناير ١٩٩٣م.

- د/ حسن عبد الباسط جمعى :

الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الاستهلاك ، بحث منشور بمجلة الدراسات للقانونية السنة الثانية عشر العدد الثالث عشر كلية الحقوق _ جامعة أسيوط ١٩٩٠م.

- شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية ط ١٤١٤هـ —
— ١٩٩٣م دار النهضة العربية .
- د/ رمزي فريد مبروك :
أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي دراسة مقارنة ، بحث منشور
بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق _ جامعة المنصورة
العدد الثالث ١٩٩٣م .
- د/ مهير منتصر :
الالتزام بالتبصير ط ١٩٩٠م دار النهضة العربية .
- عبدالرازق حسن فرج :
الإجازة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة في القانون المدني
والشريعة الإسلامية ط ١٤٠٣ هـ _ ١٩٨٣م مطبعة الفجر الجديد.
- د/ علي سيد حسن :
الالتزام بالسلامة في عقد البيع ط ١٩٩٠م دار النهضة العربية .
- د/ محمد إبراهيم نسوقى أبو الليل :
الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ط ١٩٨٥م دار إيهاب للنشر والتوزيع
أسبوط.
- د/ محمد شكرى سرور :
مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، الطبعة
الأولى ١٩٨٣م دار الفكر العربى .
- د/ محمود جمال الدين زكى :
مشكلات المسؤولية المدنية الطبعة الأولى ١٩٧٨م مطبعة جامعة القاهرة.
- د/ نزيه محمد الصالح المهدي :
الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على
بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية ط ١٩٩٠م دار النهضة العربية .
- (ج) - رسائل الدكتوراه ،
- د/ أحمد محمد محمد الرفاعى :

- الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدى ، دكتوراه كلية الحقوق
_ جامعة الزقازيق ط ١٩٩٤م دار النهضة العربية .
- د/ أسامة محمد حسن للعد :
نظرية الاستهلاك فى الفقه الإسلامى ، دكتوراه ط ١٩٨٥م كلية الشريعة
والقانون _ جامعة الأزهر .
- د/ أنور محمود نبور:
نظام استغلال الأراضى الزراعية فى الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة
بالقوانين الوضعية ، دكتوراه كلية الشريعة والقانون _ جامعة الأزهر ،
الطبعة الأولى ١٤٠٧ _ ١٩٨٧م دار الاتحاد العربى للطباعة والنشر : دار
الثقافة العربية .
- د/ ثروت فتحى اسماعيل :
المسئولية المدنية للبائع المهنى _ الصانع والموزع _ دكتوراه كلية
الحقوق _ جامعة عين شمس ١٩٨٧م.
- د/ جمال عبد الرحمن محمد على :
المسئولية المدنية لمنتجى وباعى المستحضرات الصيدلانية ، دكتوراه كلية
الحقوق _ جامعة القاهرة ط ١٩٩٣ .
- د/ جميل لشرقلوى :
نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى المصرى ، دكتوراه
فؤاد الأول ط ١٩٥٣ . ط ١٩٩٣ للنشر : دار النهضة العربية.
- د/ حسن على الننون :
النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى دراسة مقارنة ،
دكتوراه كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ١٣٦٤هـ _ ١٩٤٦م .
- د/ خالد جمال احمد حسن
الالتزام بالاعلام قبل التعاقد دراسة مقارنة دكتوراه كلية الحقوق _ جامعة
أسيوط ١٤١٧ هـ _ ١٩٩٦ م . للنشر: دار النهضة العربية .
- د/ الصديق محمد الأمين الضريز :

- الغمر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، دكتوراه كلية الحقوق _
جامعة القاهرة ١٣٨٦هـ _ ١٩٦٦م .
- د/ عبد الله عبد الله محمد الطفي :
أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمنى دراسة
مقارنة بالقانون المدني المصري ، دكتوراه كلية الحقوق _ جامعة عين
شمس ١٩٨٨م .
- د/ عبد الستار عبد الكريم أبوغدة :
الخيارات وأثرها في التصرفات ، دكتوراه كلية الشريعة والقانون _
جامعة الأزهر ١٩٧٥م .
- د/ عبد الفتاح محمد عبد الوهاب فايد :
محل العقد في الشريعة الإسلامية ، دكتوراه كلية الشريعة والقانون _
جامعة الأزهر ١٣٩٨هـ _ ١٩٧٨م .
- د/ عزة محمود أحمد خليل :
مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلى دراسة
مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية ، دكتوراه كلية الحقوق _
جامعة الأزهر ١٩٩٤م .
- د/ على محي الدين على القره داغي :
مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون
دكتوراه كلية الشريعة والقانون _ جامعة الأزهر ١٤٠٥ هـ _ ١٩٨٥م .
- د/ محمد إبراهيم بنداري :
الالتزام بالتسليم في عقد البيع ، دكتوراه كلية الحقوق _ جامعة القاهرة
١٩٩٤م .
- د/ محمد حلمي عيسى :
التكليس وأثره في عقود المعاوضات ، دكتوراه كلية الشريعة والقانون _
جامعة الأزهر ١٩٨٧م .
- د/ محمد عبد ربه محمد السبحي :

- تعيب العقود عليه وأثره في عقود المعاوضات المالية ، دكتوراه كلية
الشريعة والقانون _ جامعة الأزهر ١٩٩٦م .
- د/ محمد عبد القادر الحاج :
- مسئولية المنتج والموزع دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة
بالفقه الإسلامي ، دكتوراه كلية الحقوق _ جامعة القاهرة ١٩٨٢م .
- د/ محمد فاروق بدرى العكلم :
- الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي ، دكتوراه كلية الحقوق _
جامعة القاهرة ١٩٧٧م .
- د/ محمد محمد احمد أبو سيد أحمد :
- حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، دكتوراه كلية الشريعة والقانون _
جامعة الأزهر ١٩٩٢م .
- د/ محمود خيلمي حسن أبو زيد :
- المسئولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية ، دكتوراه كلية الشريعة
والقانون _ جامعة الأزهر ١٩٨٨م .
- د/ ياسين أحمد إبراهيم درازكة :
- الفرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، دكتوراه كلية
الشريعة والقانون _ جامعة الأزهر ١٣٩٢هـ _ ١٩٧٢م .

* ثانيا : المراجع الفرنسية

* مراجع عامة ومتخصصة

Ouvrages Généraux et spéciaux :

- **BARBIER (J.J)**
Contrats civils – contrats commerciaux, paris 1995.
- **BÉNABENT (Alain)**
Droit civil, les contrats spéciaux, 2ème éd.
Montchrestien 1995.
- **BIHL (Iuc)**
Le droit de la Vente (Vente mobilière), éd Dalloz 1986.
- **BRUNO (M), DOMINIQUE (X)**
Le marketing direct en France, pratique de la vente directe – de la
vente par correspondance de la vente à domicile, 2ème éd 1985.
- **CALAIS-AULOY (J)**
Droit de la consommation, précis Dalloz 3ème éd Dalloz 1992.
- **COLLART (F) et DELEBECQUE (ph)**
Contrats civils et commerciaux, 3 ème éd Dalloz 1996.
- **DELEGUE (B)**
La Vente par correspondance, Que sais je? Éd 1978.
- **DUCOULOUX – FAVARD (claupe)**
Droit de la vente, paris 1991.
- **GHESTIN (Jacques)**
Traité de droit civil, les obligations, le contrat:
Formation 2ème éd, L.G.D.J paris 1988.

- **GHESTIN (J) et DESCHÉ (B)**
Traité des contrats : la vente éd, L. G. D. J 1990.
- **GHESTIN (J)**
Conformité et garanties Dans la vente, (produits mobiliers) éd
L.G.D.J paris 1983.
- **GROSS (B) et BIHR (ph)**
Contrats : 1-ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux
commerciaux 1^{er} éd, T 1, THEMIS 1993.
- **HUET (jérôme)**
Traité de droit civil-les principaux contrats spéciaux éd L.G.D.J
1996.
- **LARROUMET (christian)**
Droit civil, les obligations, le contrats, T, 111, 3ème éd, economica
1996.
- **LE TOURNEAU (ph)**
La responsabilité civile, 3ème éd, Dalloz 1982.
- **MALAUURIE (ph) et AYNÈS (L)**
 - cours de droit civil, T, VI, les obligations 7ème éd CUJAS 1997.
 - Les contrats spéciaux civils et commerciaux T, VIII, 10 ème éd
CUJAS 1997.
- **MAZEAUD (H,L et J) et CHABAS (F)**
Leçons de droit civil, principaux des contrats, vente et échange, par
Michel de JUGLART 7ème éd Montchrestien 1987.
- **OURLIAC (P) et DEMALAFOSSE (J)**
Histoior du droit privé, P.U.F 2ème éd, T, 1, 1969.
- **PICOD (Yves)**
Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat éd L.G.D.J, paris
1989.

- PLANIOL (M) et RIPERT (G) par HAMEL (J)
Traité pratique de droit civil Français, contrats civils – vente. T X, 2ème éd 1956.
- RAYMOND (GUY)
 - Vendeurs et acheteurs face au contrat de vente conclusion-exécution-contentieux, 1^{er} éd paris 1975.
 - La vente des marchandises éd Dalloz 1996.
- RAYMOND (Monier)
Manuel de droit ROMAIN, les obligations 5ème éd Doma Montchrestien 1954.
- RIPERT (G) et ROBLOT ® par Michel de JUGLART.
Traité de droit commercial, 14 ème éd paris 1994.
- VINEY (G)
Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité conditions éd, L.G.D.J 1982.

Les THÈSES

- رسائل الدكتوراه :

- ABOUKORIN (A.A)
L'obligation de renseignement et de conseil dans l'exécution des contrats, DIJON 1989.
- ALISSE (J)
L'obligation de renseignement dans les contrats, paris 11. 1975.
- ALTER (Michel)
L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporeles, G renoble 1968, éd L.G.D.J paris 1972.
- BAUTISTA-SANCHEZ (B.A)
La protection du consentement du consommateur dans les ventes commerciales en droit Français et en droit vénézuélien, paris 11, 1981.

- **BIZEUL (Bruno)**
Le télé-achat et le droit des contrats paris, 11, 1996.
- **BOYER (Y)**
L'obligation de renseignement dans la Formation du contrat. AIX-Marseille 1977.
- **CHARLES-BOULAY (J)**
La conformité des biens dans la vente De meubles corporels, étude comparative, paris, 11, 1979.
- **CHEMEL (A.M)**
La responsabilité du Fabricant en droit Français, anglais, américain paris 1975.
- **CHRISTIANOS (Vassili)**
Conseil, mode D'emploi et mise en garde en matière De vente de meubles corporels, contribution à l'étude de l'obligation d'informer, paris 2, 1987.
- **DELEGUE (B)**
La vente par catalogue et sa place dans la distribution et l'économie essai de comparaison mondiale, paris 1, 1975.
- **DOMINGUEZ (Robert)**
Étude juridique de la vente par correspondance, paris 1968.
- **FABRE-MAGNAN (Muriel)**
Essai d'une Théorie de l'obligation d'information dans les contrats. Paris 1, éd L.G.D.J, 1992.
- **FILDERMAN ®**
De la rétroactivité de la condition dans les conventions paris 1935.
- **G ROSS (B)**
La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Nancy éd L.G.D.J 1963.

- **HUET (J)**
Responsabilité contractuelle et responsabilité Délictuelle, paris, 11, 1978.
- **KISTNER (J. ph)**
La vente par correspondance, BORDEAUX, 1, 1990.
- **LABARTHE (Françoise)**
La notion de document contractuelle paris 1, 1993.
- **LORVELLEC (L)**
L'essai dans les contrats, Rennes, 1972.
- **MALINVERNI (P)**
Les condions générale de la vente et les contrats-types des chambres syndicales, paris, 11, 1977.
- **MARTINIE (G)**
La vente à domicile, pars 1966.
- **MORNET ©**
La vente par correspondance, paris 1, 1984.
- **PERRON (X)**
L'obligation de conseil, Rennes, 1, 1992.
- **POTTIER (Y)**
La protection de l'acheteur par correspondance paris, X, 1982.
- **REVEL (J)**
La responsabilité civile du Fabricant, paris 1975.
- **SARGET (D)**
Les problèmes juridiques de la vente en libre service paris 2, 1982.
- **VENANDET (GUY)**
La protection de l'intégrité du consentement dans la vente commerciale, NANCY, 11, 1976.

Les ARTICLES :

- المقالات :

- **ALTER (M)**
Vente commerciale, obligation de délivrance du vendeur, respect de la conformité, J-cl com, cont. distr 1, Fasc 300, 8-1992 p 1 à 23.
- **ARHEL (P)**
Étiquetage des produits : indication d'origine, J.C.P 1996 chron 557, p 209.
- **BÉNABENT (Alain)**
Conformité et vices cachés dans la vente, D 1994 chron p. 115.
- **BIHL (luc)**
 - la vente par correspondance, Gaz pal 1974, doct p. 533.
 - Ventes commerciales, encycl. D, T, V, 1984 p11 ets.
 - Les règles de l'étiquette, Gaz pal 1973 doct p. 733.
- **DELBARRE (F)**
La vente par correspondance et à distance, offre des produits et services, Gaz pal 1993 chron n° F p. 186.
- **JOUBERT (J)**
Quel avenir pour la vente par catalogue? Revue Française du marketing 1990-1, N° 126. P. 35 à 51.
- **JOURDAIN (P)**
Le devoir de se renseigner, D 1983, chron P. 139.
- **JUGLART (M)**
L'obligation de renseignements dans les contrats, R.T.D. civ 1945 P.1.
- **LE TOURNEAU (Ph)**
De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil, D 1987 chron P. 101.

- **LEYSSAC (I)**

L'obligation de renseignement dans les contrats, en l'information en droit privé P 305 à 341, éd L.G.D.J, paris 1978.

- **LORVELLEC (Louis)**

- nature et forme vente en bloc, vente au poids ou compte ou à la mesure. J. cl. Civ 1585 et 1586 fasc D.E. 2-1992, P. 1 à 10.
- Vente sur échantillon, J. cl civ 11-1985.
- Nature et forme vente à l'essai, J. cl. Civ Fasc, G, 5-1985.
- Vente à la dégustation, J. cl. Civ. Fasc. F, 11-1985.

- **MAZEAUD (H)**

La responsabilité civile du vendeur Fabricant, R.T.D. civ 1955. P. 611.

- **N'GUYEN TH-B. et REVEL (J)**

La responsabilité du Fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue, J.C.P 1975 doct N° 2679.

- **OLSZAK (N)**

La vente à la dégustation de l'antiquité à l'article 1587 du code civil, Revue d'histoire du droit, N° 58-1990, P. 361 à 387.

- **OVERSTAKE (J.F)**

La responsabilité du Fabricant de produits dangereux R.T.D. civ 1972 P. 485.

- **PAISANT (G)**

La loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et "le télé - achat" J.C.P. 1988, doct 3385.

- **PIGASSOU (P)**

Les mentions sur Facture après la loi du 1^{er} juillet 1996. D 1997 chron P 157.

- **RAYMOND (GUY)**

Vente à distance, J. cl. Com. Cont. distr Fasc 1390, 2-1991 P.1 à 21.

- **SCHMIDT (J)**

La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D. civ 1974, P46.

- **VOIRIN (P)**

La notion de la chose dangereuse, D. II. 1929 chron P. 1.

Notes de jurisprudence: - تعليقات على الأحكام القضائية -

- **ANTOINE-LALANCE (M)**

Note sous cass com 10 juillet 1996. Gaz. Pal. n° sp. 1996 n° XIX PP 26 et 27.

- **AUDIT (B)**

Note sous cass civ 27 octobre 1981, D. 1982. I.R, P. 532.

- **BOINOT**

Note sous C. A rouen 14 Fév 1979, J.C.P 1980 II, 19360.

- **BOULOC (B)**

- vente à l'agrégé, note sous cass 1^{er} civ 18 Fév 1992 R.T.D. com 1992 n° 4, P. 849.
- Obligation de renseigner l'acheteur d'un produit nouveau, note sous cass 1^{er} civ 4 mai 1994 R.T.D com 1994 N° 6 P 768.

- **CARBONNIER**

Note sous cass civ 30 decem 1940, D1941 P.107

- **CORUN (G)**

Note sous cass 3ème civ 17 juillet 1968, R.T.D. civ 1969 P. 137.

- **DION (S)**

Note sous cass 1^{er} civ 23 Avril 1985, D. 1985 P. 558.

- **DURRY (G)**

- note sous cass 4 ème com 25 juin 1980, R.T.D. civ 1981 n° 1 P. 157.
- Le Fondement de l'obligation de renseignement du Fabricant de produits dangereux, note sous cass 1^{er} civ 14 décem 1982, R.T.D. civ 1983, n° 9 P. 544.

- **GAUTIER (P.Y)**

- Note sous cass 4 ème com 16 nov 1993, R.T.D. civ 1994 P. 629.

- **GROSS**

- Note sous cass 4 ème com 16 nov 1993, J.C.P. 1994. II 22287.

- **HÉMARD (J) et BOULOC (B)**

- note sous la cour de paris 25 Févr 1983, R.T.D. com 1983 n° 6 P. 457.
- Obligation pour le vendeur de renseigner l'acquéreur non-technicien du produit vendu, note sous cass 23 Avril 1985, R.T.D. com 1986, n° 10 P. 144.
- Obligation de renseignement de Fabricant de produits dangereux, note sous cass civ 1^{er} ch. 13 mai 1986, R.T.D. com 1987, n° 7 P. 241.

- **LARROUMET (ch)**

- Note sous, C.A Rouen 14 Fév 1979, D 1979, 1. R P. 350

- **LEVENEUR (L)**

- L'obligation de renseignement lors la formation du contrat, note sous cass 3 ème civ 30 juin 1992, cont conc consom 1992 n° 218. Fasc 45 et 250 P.5.

- **LOUSSOUARN (Y)**

- Note sous cass civ 15 janv 1971, R.T.D. civ, 1971 P. 839.

- **MALINVAUD**

- Note sous cass com 16 octo 1973, J.C.P. 1974, II 17846.

- **MESTRE (J)**

- Des limites de l'obligation de renseignement, note sous Rouen 7 mai 1985, R.T.D. civ 1986 P. 339.

- **RAYMOND (GUY)**

- Quelle qualification juridique donner à une offre de vente par catalogue? Note sous cour d'appel de Nîmes 4 nov 1986, cont. conc. Consom 1991, Fasc 1340 n° 69 P. 15.
- Note sous cass 1^{er} ch civ, 10 juin 1992, cont. conc. consom 1992, n° 195.

- **REMY (ph)**

L'obligation de conformité dans la vente sur référence, note sous cass civ, 1^{er} décem 1987, R.T.D. civ 1988, P. 368.

- **TOURNAFOND**

Note sous cass 3^{ème} ch civ 3 mai 1989, D 1990 P. 117.

قائمة بأهم المختصرات

LIST DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- ART	:Article
- Bull	:Bullitin des arrêts de la cour de cassation chambres civiles et commerciales.
- Cass Civ	: Cour de cassation chambre civile.
- Cass Com	: Cour de cassation chambre commerciale.
- Ch	: Chambre.
- Chron	: Chronique.
- Cont. Conc. Cons	: Contrats. Concurrence. Consommation.
- Cour d'app (ou C.A)	: Cour d'appel.
- D	: Recueil Dalloz
- D. H	: Dalloz Hebdomadaire.
- Doct	: Doctrine.
- Ed	: Édition
- Ex	: Example.
- Fasc	: Fascicule.
- Gaz. Pal	: Gazette du palais.
- juris	: jurisprudence.
- J-cl.,	: juris-classeur (civil, commercial, distribution).
- J.C.P.,	: juris-classeur périodique (édition generale).
- J.C.P., éd, E.	: juris classeur périodique (édition entreprise).
- J.O.A.N.	: journal officiel Assemblée Nationale.
- I.R.	: information Rapide.
- ibid.	: Au même en droit.
- L.G.D.J	: libraire générale de droit et de jurisprudence. France.
- N°	: Numéro
- Obs	: observation
- OP. Cit.	: (Opus citus) ouvrage précité .
- P	: page.
- P.U.F	: presses universitaires de France.
- R.J.D.A.	: Revue jurisprudence de droit des Affaires.
- R. T. D. civ	: Revue trimestrielle de droit civil.
- R. T. D com	: Revue trimestrielle de droit commercial.
- S.	: Suivant. (e) (s).
- T.	: Tome.
- V.	: Voyez.

٥ = فهرس الموضوعات

الصفحة	الفقرة	الموضوع
١		مقدمة
١٢		الباب التمهيدي
		ماهية المبيع وأصل العلم به
١٤		الفصل الأول : ماهية المبيع
١٥		المبحث الأول : ماهية المبيع في القانون المدني
١٦	٤	أولاً : المقصود بالمبيع
١٧	٥	ثانياً : طبيعة المبيع وخصائصه
١٩	٦	ثالثاً : شروط المبيع
٢٦		المبحث الثاني : ماهية المبيع في الفقه الإسلامي
٢٨	٨	أولاً : معنى المبيع في الفقه الإسلامي
٣٠	٩	ثانياً : طبيعة المبيع وخصائصه
٣١	١٠	ثالثاً : شروط المبيع في الفقه الإسلامي
٤٠		المبحث الثالث : مقارنة
٤٤		الفصل الثاني : أصل العلم بالمبيع
٤٥		المبحث الأول : أصل العلم بالمبيع في القانون المدني
٤٥	١٥	أحكام العلم بالمبيع في القانون الروماني
٤٨	١٦	أحكام العلم بالمبيع في القوانين الحديثة
٥٣		المبحث الثاني : أصل العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي
٥٣	١٨	أولاً : نظرية الفرر والجهالة

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٦٠	٢٣	ثانيا : مبدأ الرضا فى العقود
٦٣	٢٥	ثالثا : نظرية الخيارات
٦٨		القسم الأول
		أحكام العلم بالمبيع
٧٠		الباب الأول
٧٢		ماهية العلم بالمبيع ومضمونه وطبيعته
٧٢		الفصل الأول : ماهية العلم بالمبيع
٧٢		المبحث الأول : مفهوم العلم بالمبيع
٧٣		المطلب الأول : تعريف العلم بالمبيع
٧٣		الفروع الأول : تعريف العلم بالمبيع فى القانون المدنى
٧٤	٣٣	رأى الفقه القانونى فى تعريف العلم بالمبيع
٧٧	٣٤	تعريف الإعلام الكافى بالمبيع فى الفقه الفرنسى
٧٩	٣٥	خصائص العلم الكافى بالمبيع
٨٠	٣٦	الفروع الثانى : تعريف العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى
٨٤	٣٧	التزام البائع بالإعلام فى الفقه الإسلامى
٨٦		الفروع الثالث : مقارنة
٨٧		المطلب الثانى : أهمية العلم بالمبيع
٨٧		الفروع الأول : أهمية العلم بالمبيع فى القانون المدنى
٨٨	٤١	حماية رضاء المشتري
٨٨	٤٢	تحقيق التوازن فى المراكز العقدية
٨٩	٤٣	ضمان سلامة المستهلك المادية والجسدية

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٩٠	٤٤	ادخال القواعد الخلقية في نطاق الالتزامات القانونية
٩١	٤٥	معالجة قصور نظريتي عيوب الرضاء والضمان
٩٨		الفرع الثاني : أهمية العلم بالمبيع في الفقه الإسلامي
٩٨	٤٧	تقويم سلوك المتعاقدين
١٠٠	٤٨	تطهير المعاملات
١٠١	٤٩	تحقيق مصلحة المتعاقدين ورفع الضرر والحرع عنهم
١٠٢	٥٠	التأكيد على ضرورة وجود الرضاء التام
١٠٣	٥١	حماية الطرف الضعيف في العقد
١٠٥		الفرع الثالث : مقارنة
١٠٧		المبحث الثاني : التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافي به
١٠٧		المطلب الأول : الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في القانون المدني
١٠٨		الفرع الأول : الأحكام العامة لتعيين المبيع في القانون المدني
١٢٢		الفرع الثاني : أهم الفروق بين أحكام تعيين المبيع وأحكام العلم الكافي بالمبيع
١٢٧		المطلب الثاني : الفرق بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في الفقه الإسلامي
١٢٨		الفرع الأول : الأحكام العامة لتعيين المبيع في الفقه الإسلامي
١٤٧		الفرع الثاني : التمييز بين تعيين المبيع والعلم الكافي به في الفقه الإسلامي

الصفحة	الفقرة	الموضوع
١٥٠		المطلب الثالث : مقارنة
١٥٣		الفصل الثاني : مضمون العلم بالمبيع
١٥٤		المبحث الأول : مضمون العلم بالمبيع في القانون المدني
١٥٥		المطلب الأول : معرفة الوضع القانوني للشيء المبيع وحالته المادية
١٥٥	٨١	أولاً : بيانات ومعلومات عن الوضع القانوني للشيء المبيع
١٥٨	٨٢	ثانياً : بيانات ومعلومات عن الوضع المادي للشيء المبيع
١٦٢	٨٣	الاعلام بعيوب المبيع
١٦٧		المطلب الثاني : معرفة طريقة استخدام المبيع وأوجه خطورته
١٦٧	٨٤	أولاً : البيانات والمعلومات الخاصة بشروط وطريقة استخدام الشيء المبيع
١٧٢	٨٥	ثانياً : التحذير من خطورة المبيع
١٨٢		المبحث الثاني : مضمون العلم بالمبيع في الفقه الاسلامي
١٨٢	٩١	أولاً : بيان جنس المبيع ونوعه وصفته وقدره
١٨٣	٩٢	ثانياً : بيان الوضع المادي للشيء المبيع
١٨٥	٩٣	ثالثاً : بيان عيوب المبيع واعلام المشتري بها
١٨٧	٩٤	رابعاً : بيان ما يكون المبيع محملاً به من حقوق وارتفاقات
١٨٨	٩٥	خامساً : النصح بالطريقة المثلى لاستخدام المبيع والتحذير من مخاطره

الصفحة	الفقرة	الموضوع
١٩٠		المبحث الثالث : مقارنة
١٩٢		الفصل الثالث : طبيعة العلم بالمبيع ونطاقه
١٩٣		المطلب الأول : الطبيعة الثانوية لنظام العلم بالمبيع في القانون المدني
١٩٤		الفرع الأول : طبيعة العلم بالمبيع طبقا لنص المادة (٤١٩) من مصرية
٢٠٠		الفرع الثاني : طبيعة التزام البائع بالاعلام
٢٠٠	١٠٦	أولا : الطبيعة العقدية أو غيرها للالتزام بالاعلام
٢٠٢	١٠٧	ثانيا : حول كونه التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة
٢٠٧		المطلب الثاني : طبيعة العلم بالمبيع في الفقه الاسلامي
٢٠٨	١٠٩	أولا : اثر شرط العلم على صفة العقد
٢٠٩	١١٠	ثانيا : علاقة شرط العلم بتعيب الرضا والغلط
٢١١	١١١	طبيعة الالتزام بالاعلام في الفقه الاسلامي
٢١٢		المطلب الثالث : مقارنة
٢١٤		المبحث الثاني : نطاق العلم بالمبيع
٢١٥		المطلب الاول : نطاق العلم بالمبيع في القانون المدني
٢١٥	١١٤	أولا : من حيث الأشخاص
٢٢٧	١١٨	ثانيا : من حيث الاشياء
٢٣٤	١٢٢	ثالثا : من حيث الزمان (التوقيت)
٢٣٦	١٢٣	رابعا : من حيث الاثبات

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٢٤٣	١٢٧	خامساً : من حيث العقود
٢٤٤		المطلب الثانى : نطاق العلم بالمبيع فى الفقه الإسلامى
٢٤٤	١٢٨	أولاً : من حيث الأشخاص
٢٥١	١٣٣	ثانياً : من حيث الأشياء
٢٥٤	١٣٥	ثالثاً : من حيث الزمان (وقت الرؤية)
٢٥٧	١٣٦	رابعاً : من حيث الأجناس
٢٥٨	١٣٧	خامساً : من حيث العقود
٢٦٠		المطلب الثالث : مقارنة
٢٦٣		الباب الثانى
		اساس العلم بالمبيع ووسائل تحقيقه وجزاء تخلفه
٢٦٥		الفصل الأول : اساس العلم بالمبيع وشروطه
٢٦٥		المبحث الأول : اساس العلم بالمبيع
٢٦٦		المطلب الأول : اساس العلم بالمبيع فى القانون المدنى
٢٦٦	١٤٣	أولاً : اساس حق المشتري فى العلم الكافى بالمبيع
٢٦٧	١٤٤	ثانياً : اساس التزام البائع بالاعلام
٢٦٧	١٤٥	- نص المادة (٤١٩) مدنى مصرى
٢٦٨	١٤٦	- نص المادة (٤٦٨) مدنى كويتى
٢٦٩	١٤٧	- التشريعات الخاصة بحماية المستهلك
٢٧١	١٤٨	- الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالاعلام
٢٧٤	١٤٩	- الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالاعلام
٢٧٥	١٥٠	- الالتزام بضمان السلامة كأساس للالتزام بالاعلام

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٢٧٧	١٥١	- نظرية عيوب الرضاء كأساس للالتزام بالاعلام
٢٧٨	١٥٢	- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالاعلام
٢٨٠	١٥٣	- المادة (١١٣٥) مدنى فرنسى والمقابلة للمادة (٢/١٤٨) مدنى مصرى كأساس للالتزام بالاعلام
٢٨١	١٥٤	- الالتزام بالتعاون كأساس للالتزام بالاعلام
٢٨٣		المطلب الثانى : اساس العلم بالمبيع فى الفقه الاسلامى
٢٨٣	١٥٦	اولا : الاسس التشريعية
٢٨٣	١٥٧	فى القرآن الكريم
٢٨٥	١٥٨	فى السنة النبوية الشريفة
٢٨٩	١٥٩	ثانيا : مبادئ الشريعة الاسلامية وقواعدها العامة
٢٨٩	١٦٠	- واجب الصدق والامانة فى المعاملات
٢٩٣	١٦١	- مبدأ حسن النية
٢٩٥	١٦٢	- قاعدة "الضرر يزال"
٢٩٦	١٦٣	- واجب التعاون والتناصح بين المسلمين
٢٩٨		المطلب الثالث : مقارنة
٣٠١		المبحث الثانى : شروط العلم بالمبيع
٣٠٢		المطلب الاول : شروط العلم بالمبيع فى القانون المدنى
٣٠٣	١٦٧	الشروط الاول : ان يكون المشتري جاهلا بحقيقة المبيع على ان يكون هذا الجهل مشروعاً وتبرره اعتبارات معينة
٣١١	١٦٨	الشروط الثانى : ان يكون البائع عالماً ببيانات ومواصفات المبيع وبمدى تأثيرها على رضاء المشتري بالتعاقد

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٣١٤		المطلب الثانى : شروط العلم بالمبيع فى الفقه الاسلامى
٣١٤		الشرط الاول : عدم رؤية المشتري للشيء المبيع وقت العقد
٣١٧	١٧١	الشرط الثانى : ان يكون البائع عالما بأوصاف المبيع وبمدى تأثيرها على رضا المشتري بالتعاقد
٣٢٠		المطلب الثالث : مقارنة بين القانون المدنى والفقه الاسلامى
٣٢٢		الفصل الثانى : وسائل تحقق العلم بالمبيع
٣٢٣		المبحث الاول : وسائل تحقق العلم بالمبيع فى القانون المدنى
٣٢٦		المطلب الاول : الاعلام الشفوى والاعلام الكتابى
٣٢٦	١٧٥	- الاعلام الشفوى
٣٢٧	١٧٦	- الاعلام الكتابى
٣٣١		المطلب الثانى : الطرق القانونية للاعلام
٣٣١	١٧٧	- معاينة المبيع
٣٣٤	١٧٨	- بيان المبيع واوصافه الاساسية فى العقد
٣٣٨	١٧٩	- الاقرار بالعلم
٣٤٢		المطلب الثالث : الوسائل الاقتصادية والتقنية
٣٤٤		الفرع الاول : الوسائل الاقتصادية للاعلام
٣٤٤	١٨١	- الكتالوجات
٣٤٦	١٨٢	- عينات السلعة
٣٤٦	١٨٣	- الملصقات واللافتات الاعلانية
٣٤٧	١٨٤	- النماذج والعلامات التجارية
٣٤٧	١٨٥	- الكوبونات

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٣٤٨	١٨٦	- اوامر الشراء والفواتير
٣٤٩		الفرع الثاني : الوسائل التقنية للاعلام
٣٤٩	١٨٧	- الراديو والتليفزيون (الاذاعة الصوتية والمرئية)
٣٥٢	١٨٨	- التليفون أو المينيتل
٣٥٣	١٨٩	- الحاسب الآلى (الكمبيوتر)
٣٥٤	١٩٠	- الإنترنت
٣٥٥		المبحث الثاني : وسائل تحقق العلم بالمبيع فى الفقه الاسلامى
٣٥٥	١٩٢	- رؤية المبيع
٣٦٠	١٩٥	- وصف المبيع
٣٧٥		المبحث الثالث : مقارنة
٣٧٧		الفصل الثالث : الجزء الذى يترتب على عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع
٣٧٩		المبحث الاول : القابلية للابطال جزاء عدم تحقق العلم الكافى بالمبيع
٣٨٠		المطلب الاول : القابلية للابطال فى القنون المدنى
٣٨٠	٢٥٠	- المقصود بقابلية العقد للابطال
٣٨٣	٢٠٦	- تقرير البطلان
٣٨٤	٢٠٧	- آثار تحقق البطلان
٣٨٤	٢٠٨	- اسباب سقوط الحق فى طلب الابطال
٣٩٢		المطلب الثانى : خيار الرؤية فى الفقه الاسلامى
٤٠٤		المطلب الثالث : مقارنة

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٤٠٧		المبحث الثاني : التعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية كجزاء لاخلال البائع بالالتزام بالاعلام
٤٠٨		المطلب الأول: التعويض وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية
٤٠٨	٢٢٠	أولا : طبيعة المسؤولية
٤١٢	٢٢١	ثانيا : اركان المسؤولية
٤١٧	٢٢٥	ثالثا : التعويض كآثر للمسؤولية المدنية عن اخلال البائع بالتزامه بالاعلام
٤٢٠		المطلب الثاني : الضمان في الفقه الاسلامي
٤٢١	٢٢٧	أولا : تعريف الضمان
٤٢١	٢٢٨	ثانيا : مفهوم الضمان بمعنى التعويض
٤٢٣	٢٢٩	ثالثا : حكمة مشروعية الضمان بمعنى التعويض ودليل المشروعية
٤٢٤	٢٣٠	رابعا : موجبات التضمن واسبابه
٤٢٦	٢٣١	خامسا : شروط وجوب التضمن واركانه
٤٣٤		- طريقة تقدير التضمن
٤٣٥		المطلب الثالث : مقارنة
٤٣٧		القسم الثاني
		تطبيقات العلم بالمبيع
٤٤١		الباب الأول
		التطبيقات التقليدية
		فحص عينة المبيع وتجربته ومذاقه

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٤٤٣		الفصل الأول : فحص عينة المبيع
٤٤٤		المبحث الأول : فحص عينة المبيع فى القانون المدنى
٤٤٤	٢٤٠	- المقصود بالعينة
٤٤٥	٢٤١	- محل البيع بالعينة
٤٤٦	٢٤٢	- العينة وسيلة للعلم بالمبيع
٤٤٦	٢٤٣	- طبيعة البيع بالعينة
٤٤٨	٢٤٤	- حفظ العينة
٤٤٨	٢٤٥	- وجوب مطابقة المبيع للعينة
٤٥٠	٢٤٦	- عبء اثبات ذاتية العينة ومطابقتها للمبيع
٤٥٢	٢٤٧	- جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة
٤٥٤		المبحث الثانى : رؤية الامودج فى الفقه الاسلامى
٤٥٤	٢٤٩	- معنى الامودج فى اللغة
٤٥٥	٢٥٠	- معنى الامودج فى اصطلاح الفقهاء
٤٥٥	٢٥١	- صورة بيع الامودج
٤٥٥	٢٥٢	- اهمية البيع على الامودج
٤٥٦	٢٥٣	- محل بيع الامودج
٤٥٧	٢٥٤	- حكم بيع الامودج وآراء الفقهاء فيه
٤٥٧	٢٥٥	- القائلون بجواز البيع على الامودج
٤٥٩	٢٥٦	- اختلاف البائع والمشتري فى حالة هلاك الامودج
٤٦١	٢٥٧	- حفظ الامودج
٤٦٣	٢٥٨	- القائلون بعدم جواز البيع على الامودج

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٤٦٥		المبحث الثالث : مقارنة
٤٦٧		الفصل الثاني : تجربة المبيع
٤٦٨		المبحث الاول : تجربة المبيع في القاتون المدني
٤٦٨	٢٦٢	- تعريف البيع بشرط التجربة
٤٦٩	٢٦٣	- ثبوت الحق في التجربة
٤٦٩	٢٦٤	- محل الحق في التجربة
٤٧٠	٢٦٥	- كيفية مباشرة التجربة
٤٧١	٢٦٦	- الغرض من التجربة
٤٧٣	٢٦٧	- مدة التجربة
٤٧٦	٢٦٨	- الالتزامات المتقابلة في البيع بشرط التجربة
٤٧٨	٢٦٩	- طبيعة البيع بشرط التجربة
٤٨١	٢٧٠	- الآثار التي يربتها البيع بشرط التجربة
٤٨٧		المبحث الثاني : التجربة في الفقه الاسلامي
٤٨٧	٢٧٢	- تعريف خيار الشرط في اللغة
٤٨٨	٢٧٣	- تعريف خيار الشرط في اصطلاح الفقهاء
٤٨٨	٢٧٤	- حكمة مشروعية خيار الشرط
٤٨٩	٢٧٥	- آراء الفقهاء في مشروعية خيار الشرط
٤٩١	٢٧٧	- شرائط قيام الخيار
٤٩٥	٢٧٨	- صاحب الحق في خيار الشرط
٤٩٧		- آثار خيار الشرط

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٤٩٧	٢٧٩	أولاً : اثر الخيار على الالتزام بالتسليم
٤٩٨	٢٨٠	- اشتراط تسليم المبيع لتجربته
٤٩٨	٢٨١	- استخدام المبيع والتصرف فيه بما يحصل به التجربة
٤٩٩	٢٨٢	ثانياً : اثر الخيار على انتقال الملك
٥٠١	٢٨٣	- انتهاء خيار الشرط
٥٠٣	٢٨٤	- انتقال خيار الشرط
٥٠٦		المبحث الثالث : مقارنة
٥٠٩		الفصل الثالث : مذاق المبيع
٥١٠		المبحث الأول : مذاق المبيع فى القانون المدنى
٥١٠	٢٨٨	- تعريف البيع بالمذاق
٥١١	٢٨٩	- المذاق وسيلة للعم بالمبيع
٥١١	٢٩٠	- صاحب الحق فى المذاق
٥١٢	٢٩١	- مدى سلطة المشتري فى القبول أو الرفض
٥١٢	٢٩٢	- كيفية ثبوت الحق للمشتري فى المذاق
٥١٣	٢٩٣	- محل البيع بالمذاق
٥١٤	٢٩٤	- زمان المذاق ومكانه
٥١٤	٢٩٥	- التكيف القانونى للبيع بالمذاق
٥١٧	٢٩٦	- الآثار المترتبة على تكيف البيع بالمذاق بأنه وعد بالبيع
٥١٧	٢٩٧	- الالتزامات الناشئة عن البيع بشرط المذاق
٥١٨	٢٩٨	- الفرق بين بيع المذاق وبيع التجربة

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٥٢٢		المبحث الثاني : مذاق المبيع فى الفقه الاسلامى
٥٢٢	٣٠٠	- مذاهب الفقهاء فى حكم البيع بالمذاق
٥٢٥		المبحث الثالث : مقارنة
٥٢٧		الباب الثانى
		التطبيقات الحديثة
		وصف المبيع بواسطة الكتالوج وعبر التليفزيون
		ووسائل الاتصال الحديثة
٥٢٩		الفصل الأول : وصف المبيع بواسطة الكتالوج
٥٣٠		المبحث الأول : وصف المبيع بواسطة الكتالوج فى القانون المدنى
٥٣٢	٣٠٥	أولاً : دور الكتالوج فى اعلام المشتري بحقيقة المبيع
٥٣٣	٣٠٦	- الكتالوج وسيلة للاعلان والاعلام
٥٣٧	٣١٠	ثانياً : القيمة التعاقدية للكتالوج
٥٣٨	٣١١	- الكتالوج يشتمل على ايجاب بالتعاقد
٥٣٩	٣١٢	- الكتالوج وثيقة عقدية ملزمة وإن ذكر البائع فيه غير ذلك
٥٤٠	٣١٣	ثالثاً : الالتزام بتسليم شئء مطابق للبيانات والمواصفات
		المذكورة فى الكتالوج
٥٤١	٣١٤	- الالتزام بتسليم شئء مطابق لما ورد فى الكتالوج يرج الى الآخر
		الاجبارى للالتزام بالاعلام
٥٤٢	٣١٥	- مضمون نظرية الاثر الاجبارى للاعلام
٥٤٧	٣١٦	رابعاً : ابرام عقد البيع بالكتالوج وتنفيذه
٥٤٨	٣١٧	- ابرام عقد البيع بالكتالوج

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٥٤٩	٣١٨	- زمان إبرام عقد البيع بالكتالوج ومكانه
٥٥٢	٣١٩	- طرق القبول في البيع بالكتالوج
٥٥٤	٣٢٠	- التكييف القانوني للبيع بالكتالوج
٥٥٤	٣٢١	- تنفيذ العقد
٥٥٦	٣٢٢	- تبعه فقد السلعة وهلاكها
٥٥٧	٣٢٣	- إثبات وجود العقد
٥٥٨		المبحث الثاني : وصف المبيع بواسطة البرنامج في الفقه الاسلامي
٥٥٨	٣٢٥	- معنى البرنامج في اللغة
٥٥٨	٣٢٦	- معنى البرنامج في اصطلاح الفقهاء
٥٥٩	٣٢٧	- آراء الفقهاء في حكم البيع على البرنامج
٥٦١	٣٢٨	- حكمة مشروعية البيع بالبرنامج
٥٦٢	٣٢٩	- دليل مشروعية البيع بالبرنامج
٥٦٢	٣٣٠	- وجوب مطابقة المبيع للبيانات والوصاف المكتوبة في البرنامج
٥٦٤	٣٣١	- اختلاف المتبايعين على البرنامج
٥٦٦		المبحث الثالث : مقارنة
٥٦٨		الفصل الثاني : وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة
٥٦٩		المبحث الأول : وصف المبيع عبر التلفزيون ووسائل الاتصال الحديثة في القانون المدني

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٥٧١	٣٣٥	- المفهوم القانوني لعروض البيع عبر التليفزيون ووسائل الاتصال الحديثة
٥٧٢	٣٣٦	- عرض السلعة عبر البرنامج التليفزيوني يتضمن الاعلان عنها والاعلام بأوصافها
٥٧٣	٣٣٧	- عرض البيع بالتليفزيون والالتزام بالاعلام
٥٧٣	٣٣٨	- تطبيق الالتزام بالاعلام
٥٧٦	٣٣٩	- دور التليفون أو المينتل في الحصول على بيانات ومعلومات تكميلية عن المنتج المعروض
٥٧٦	٣٤٠	- نقص البيانات والمعلومات المقدمة عبر البرامج التليفزيونية
٥٧٩	٣٤١	- ابرام عقد البيع بالتليفزيون
٥٨٢	٣٤٢	- زمان ابرام عقد البيع بالتليفزيون ومكانه
٥٨٤	٣٤٣	- تنفيذ عقد البيع بالتليفزيون
٥٨٤	٣٤٤	- حماية المشتري من نقص المعلومات في البيع بالتليفزيون
٥٨٥	٣٤٥	- الحق القانوني في اعادة النظر في المبيع برده
٥٨٦	٣٤٦	- نطاق الحق القانوني في اعادة النظر في المبيع
٥٩٠	٣٤٧	- تنفيذ أو ممارسة حق اعادة النظر في المبيع
٥٩٢	٣٤٨	- مدة الرد
٥٩٣	٣٤٩	- مصاريف الرد والاعادة
٥٩٣	٣٥٠	- خصائص الحق القانوني في اعادة النظر في المبيع
٥٩٥	٣٥١	- الطبيعة القانونية للبيع مع الحق القانوني في اعادة النظر في البيع
٥٩٥	٣٥٢	- البيع بالتليفزيون والبيع بشرط التجربة والمذاق
٦٠٠	٣٥٣	- البيع بالتليفزيون والوعد بالتعاقد

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٦٠٢	٣٥٤	- البيع بالتلفزيون والبيع بالعربون
٦٠٣	٣٥٥	- حق اعادة النظر فى البيع بواسطة التلفزيون ونظرية التكوين التدريجى أو المتتابع للعقد
٦٠٦	٣٥٦	- اثبات البيع بالتلفزيون
٦٠٨		المبحث الثانى : الاعلان عن المبيع ووصفه بما يصح به السلم فى الفقه الاسلامى
٦٠٨	٣٥٨	- الاعلان عن السلع والمنتجات فى النظام الاسلامى
٦٠٩	٣٥٩	- الشروط اللازم توافرها لإباحة الاعلان عن السلع
٦١١	٣٦٠	- وصف المبيع بما يصح به السلم فى الفقه الاسلامى
٦١١	٣٦١	- تعريف السلم فى اللغة
٦١١	٣٦٢	- تعريف السلم فى اصطلاح الفقهاء
٦١٢	٣٦٣	- مشروعية السلم
٦١٣	٣٦٤	- اركان السلم
٦١٤	٣٦٥	- شروط المسلم فيه (المبيع)
٦٢٢	٣٦٦	- شروط رأس مال السلم
٦٢٣	٣٦٧	- ايفاء المسلم فيه
٦٢٤	٣٦٨	- حكم وصف السلعة المراد بيعها بما لا يتفق مع حقيقتها
٦٢٥	٣٦٩	- مؤنة ومصاريف رد المبيع
٦٢٦	٣٧٠	- رؤية اسلعة بواسطة المرآة أو رؤية صورتها الفوتوغرافية

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٦٢٧		المبحث الثالث : مقارنة
٦٣٠		الخاتمة
٦٤٦		فهارس الرسائل
٦٤٧		١- فهرس الآيات القرآنية
٦٤٩		٢- فهرس الأحاديث النبوية
٦٥١		٣- فهرس الاعلام
٦٥٢		٤- فهرس المصادر والمراجع
٦٨٧		٥- فهرس الموضوعات

تصويب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١١	٧	مرء	مراً
٢٩	٧	تفيذ	تفيد
٤٦	١١	إخفاءه	إخفائه
٥٧	٢٤	الذكية	الزكية
٧٣	١٧	يمكن تعرفه	يمكن من تعرفه
٩١	٩	منعه	منفعة
١٠١	١٣	يمحقا	يمحقان
١٢٥	٩	صرحا	صريحاً
١٢٦	٤	نظام خاص	نظاما خاصا
١٤١	١١	إذا لو	إذ لو
١٤٣	٧	تيسر حلبر	يتيسر حرز
١٤٣	٩	حلبرها	حزرها
١٥٦	٤	الاتفاقات	الارتفاقات
١٧٢	١٢	ألتخذها	ألتأخذها
١٨٣	١٦	واحدأ	واحد
١٩١	٣	والذى	الذى
٢٠١	٩	تساهم	تسهم
٢٠١	١٤	ومن وقت	وقت

مشروع	غير مشروع	١٢	٢٠٧
متطورة	متطور	٢٠	٢٣٠
أم	أو	٢	٢٥٠
الهيئى	الهيئى	٢٥	٢٩٦
فكره	فكرة	٧	٣٠٤
بمىث	ومىث	٦	٣٠٦
أمرىن	أمران	٥	٣١٥
الملىن	اللىانن	١٠	٣٢٨
تقرض	وتقرض	١٣	٣٢٨
اللىطورة	اللىطور	٥	٣٤٢
فىلىو	فىلىو	١٣	٣٤٤
أم	أو	١٣	٣٩٨
من ملاءمىها	ملاءمىها	٥	٤٧١
وسائل	وسال	٩	٤٨٦
تمضى	تمضى	١٠	٤٩٧
ىرضى	ىرضه	٤	٥١٤
ولو لم	ولو لم	١٢	٥٢٣
تىسر	تىسرا	٣	٥٦٢
وصفا أساسىا	وصف أساسى	١١	٥٦٣
عملائهم	عملاءهم	٣	٦٠٧
بىسندهما	بىسندها	١٢	٦١٢

يقول	يقوم	١٦	٦١٥
ينأى	ينأى	١٤	٦٢٧
الكفاية	كفاية	٣	٦٢٨
أحكام	مقاصد	١٠	٦٢٩

رقم الايداع

٩٩ / ٥٠٤٥

